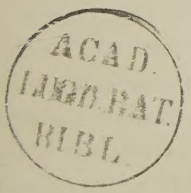
Der Garantievertrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.



vorgelegt von

ERNST BRAUNE

aus Merseburg.

1911.

Buchdruckerei von Heinrich Lütge, Weißenfels.

Referent: Prof. Dr. Mattiass.

Literatur.

Bayrische Rechtspflegezeitung 1906.
Bendix, Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 20.
Eccius, in Gruchots Beiträgen. Bd. 46.
Foerster, „Der Kreditauftrag", Leipzig, 1903.
Grimm, Rechtsaltertümer. 2. Auflage.
Gruchots Beiträge. Bd. 51.
Hanseatische Gerichtszeitung. 1906, Beiblatt 253.
Littmann, Jherings Jahrbücher. Bd. 48.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1910.
Meinrath, „Der Garantievertrag", Diss. Rostock.
Motive zum B. G. B., Bd. 2.
Müller u. Regelsberger, Jherings Jahrbücher. Bd. 48.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechtes. Bd. 1 u. folgd.
Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse.
Planck, Kommentar zum B. G. B.
Preussisches Obertribunal, Striethorst's Archiv. XV.
Recht, Bd. 1906, 1907, 1908, 1909.
Reichsgerichtsentscheidung (in Zivilsachen) Bd. 50, 56, 61.
Rheinisches Archiv. (102. I. 192) — (105, 37).
Stammler, Archiv für zivil. Praxis. Bd. 69.
Sächsisches Rechtspflege-Archiv 1908, 536.
Warneyers Jahrbücher 2_{81}.
Weidemann, „Der Kreditauftrag", Goldschmidts Zeitung, Bd. 53.
Württembergische Jahrbücher. Bd. 17.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1

I. Der Garantievertrag entbehrt der gesetzlichen Regelung. Daher wissenschaftliche Erforschung notwendig.

II. Hierfür drei Wege: 1

1) Geschichtliche Entwicklung.

2) Analoge Anwendung gesetzlich geregelter, verwandter Institute.

3) Wirtschaftliche Bedeutung des Garantievertrages.

III. Angabe des Begriffes des Garantievertrages 2

B. Ausführung.

Kap. I. Geschichtliche Entwicklung 3

1) Römisches Recht:
promissio indemnitatis,
Stipulationsform, auch Mandat.

2) Deutsches Privatrecht.

3) Gemeines Recht.

4) B. G. B. bezw. heutiges Recht.

Kap. II. Begriff des Garantievertrages 10

1) Uebernahme des Risikos für ein unsicheres Unternehmen.

2) Selbständige Risikoübernahme.

3) Unentgeltliche Risikoübernahme.

Kap. III. Die sich aus dem Garantievertrage ergebenden Rechte bezw. Pflichten, insbesondere die Pflicht des Garanten 16

1) Haftet der Garant für omnis culpa oder bloss für culpa lata?

Seite

2) Wird die Leistungspflicht des Garanten durch Verschulden des Garantieempfängers beeinflusst?
3. Wird sie beeinflusst dadurch, dass der Erfolg herbeigeführt wird durch eine Person oder ein Tier, für deren Verhalten der Garantieempfänger einzustehen hat?
4) Kann im besonderen Falle der Garant auch für Verschulden des Garantieempfängers die Verpflichtung aus dem Garantievertrage übernehmen?
5) Haftung des Garanten bei Unmöglichkeit des garantierten Erfolges, (nicht der garantierten Leistung).
a) Ursprüngliche Unmöglichkeit.
b) Nachfolgende Unmöglichkeit, insbesondere Haftung bei casus insolitissimus.

Kap. IV. Kann eine Garantiehaftung von mehreren Personen übernommen werden, insbesondere eine Haftung in solidum? 23

Kap. V. Ist der Garantievertrag abstrakt, vielleicht ein Schuldversprechen im Sinne von § 780 B. G. B.? . 25

Kap. VI. Verwandte Verträge: 26
1) Bürgschaft.
2) Kreditauftrag.
3) constitutum debiti alieni.
4) Versicherungsvertrag.
5) Schenkung.
6) Spiel und Wette.
7) Differenzgeschäft.
8) Konventionalstrafe.
9) pactum de mutuo dando.

Kap. VII. Regressansprüche des Garanten. 46

Kap. VIII. Entspricht der Garantievertrag den Anforderungen unseres heutigen Verkehrs? 52

C. Schlussbemerkung. 53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551520_0039

Einleitung.

Der Rechtsverkehr zeigt uns öfters rechtliche Gebilde, die den bestehenden Gesetzen fremd sind, so z. B. den Garantievertrag, der im B. G. B. nicht geregelt ist. Sei es, dass die Gebilde späteren Datums sind als die Gesetzgebung selbst, sei es, dass die Gesetzgebung von ihrer Regelung deshalb abgesehen hat, weil sie ihnen keine hervorragende, praktische Bedeutung zumass. Sei es endlich, dass der Vorwurf des rechtlichen Gegenstandes noch zu wenig rechtlich erforscht ist, die Gesetzgebung also stillschweigend der Rechtswissenschaft die weitere Entwicklung und Ausbildung des Rechtsgedankens überlässt.

Zur Erforschung des Gebietes des Garantievertrages könnte man drei Wege einschlagen:

Man fasst die Jetztzeit als ein Produkt geschichtlicher Entwicklung auf und sucht das zur Zeit bestehende Recht durch Prüfung der dogmengeschichtlichen Entwicklung zu erforschen.

Man untersucht, ob nicht analoge Sätze des geltenden Gesetzesrechtes Anwendung finden. Hierbei werden wir die übereinstimmenden Grundgedanken des Garantievertrags und anderer verwandter Verträge als Stützpunkte für analoge Anwendung hervorheben, andererseits den rechtlichen Unterschied zwischen Garantievertrag und den ähnlichen Rechtsinstituten, welcher eine analoge Anwendung verhindert, darlegen.

In letzter Linie haben wir zu untersuchen, ob der Garantievertrag in seinen Voraussetzungen und Wirkungen den Bedürfnissen des praktischen Lebens Rechnung trägt. Andernfalls haben wir diejenigen Vorschläge zu machen, die den Garantievertrag als vollwertiges Verkehrsmittel im Rechtsleben erscheinen lassen würden.

Um sich eine Vorstellung von dem Gegenstande unserer Untersuchung machen zu können, sei unter Vorwegnahme des Resultats unserer Untersuchung der Begriff des Garantievertrags hier angegeben: Garantievertrag ist derjenige Vertrag, durch den jemand unentgeltlich für das Risiko einer Unternehmung einsteht.

Kapitel I.

Bereits das römische Recht kannte einen selbständigen Garantievertrag, den es als promissio indemnitatis (Schadloshaltungsversprechen) bezeichnete. Von den Quellenstellen, die diese Frage behandeln, ist vor allem das Gebiet des S. C. Vellejanum fruchtbar gewesen. Nach dem S. C. Vellejanum war die Intercession (Bürgschaftsleistung) der Frau untersagt. Es erhob sich nun die Frage, ist es überhaupt Intercession, wenn die Frau für einen gewissen Erfolg einzustehen verspricht, und entweder eine Schuld garnicht besteht oder die Frau die Leistung von anderen Umständen abhängig macht als von der Nichterfüllung der Schuld? Als Quellenstellen kommen in Frage L. 8. § 1 dig. ad. S. C. Vellj. (Buch 16, 1).

„Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraherent, et indemnitatem eius repromiserit, Papinianus libro nono quaestionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse neque veterem neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem". Hier wird eine Intercession deshalb verneint, weil sie ja obligationem alienam non recepisset, sed ipsa d. h. hier selbständig, hanc obligationem, nämlich den Vertrag auf Schadloshaltung fecisset. Ferner gehört hierher eine andere Stelle desselben Buches und Titels L. 19, pr. dig. ad. S. C. Vellj. $16_{,1}$:

„Tutor pupilli decesserat herede iustituto Titio: cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela

existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit stipulatusque de ea est indemnem se eo nomine praestari. Si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset isque matrem conveniret, negavit exceptioni senatus consulti locum esse, quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit".

Auch diese Stelle zeigt den selbständigen Charakter der promissio indemnitatis im Gegensatz zur Intercession. In Betracht kommen ferner noch einige Codexstellen. L. 6 Cod. ad. S. C. Vellj. ($4_{,29}$):

„Si mater, cum filiorum suorum gereret patrimonium, tutoribus eorum securitatem promiserit et fideiussorem praestiterit vel pignora dederit, quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, senatus consulti auxilio neque ipsa, neque fideiussor ab ea praestitus neque res eius pignoratae adiuvantur".

§ 1. Sin autem tutore se excusare volente ipsa se interposuit indemnitatem ei repromittens, auxilio senatus consulti uti minime prohibetur.

§ 2. Sin vero tutores petiit et sponte periculum suscepit, quominus teneatur, auctoritate iuris tuetur.

Von anderen Stellen des corpus iuris seien folgende, ohne ausführlich wiedergegeben zu werden, zitiert:

„L. 2 C. si mater indemnitatem promiserit ($5_{,46}$)."

„L. 19 pr. dig. ad. S. C. Vellj. ($16_{,1}$)."

„Paulus, sent. recept. II. 11 § 2."

„L. 17 § 1 dig. ad. S. C. Vellj. ($16_{,1}$)."

Die vorerwähnten Fälle haben, wie schon oben angedeutet, das gemeinsam, dass sie bei Gelegenheit der Besprechung des S. C. Vellj. erörtert werden. In diesen Stellen wird der Unterschied betont zwischen der selbständigen Haftungsübernahme durch die Frau und der unselbständigen Schuldübernahme — Intercession — dersel-

ben. Nur für den Fall der unselbständigen Schuldübernahme — der Intercession — sollte das S. C. Vellj. Platz greifen. Allgemein ist nun, wenngleich nicht die Rechtswirkung, so doch der voraussetzende Tatbestand dieser Fälle bestritten.[1]) Es genügt uns hier festzustellen, dass das römische Recht die selbständige Haftungsübernahme kannte und dass es diesem Vertrage die Rechtswirkung nicht versagte. Im übrigen sei bemerkt, dass die Form dieser Verträge die stipulatio war, also das formelle Schuldversprechen. Auch in die Form des Mandats konnte eine derartige Haftungsübernahme gekleidet werden, und zwar war hier der Gläubiger aus dem Haftungsvertrage der Mandatar und der Schuldner der Mandant. Dass auch das Mandat als Entstehungsform für den Garantievertrag in Frage kommen kann, ist im corpus iuris nur in zwei, übrigens gleichfalls von Stammler angeführten Citaten erörtert worden.

1) „L. 32 dig. mandati vel contra $17_{,1}$."

2) „L. 19 § 1 u. 2 dig. ad. S. C. Vellj. $16_{,1}$."

Auch diese Stellen sind in ihrer Bedeutung bestritten.[2]) Einen Garantievertrag hat es also im römischen Recht gegeben.

Im ältesten deutschen Recht ist ein Garantievertrag nicht bekannt. Allerdings lässt sich der Ausdruck „garantieren" von der althochdeutschen Sprachwurzel „wërên", soviel wie „gewährleisten", herleiten.[3]) Dieser Ausdruck wurde dann romanisiert. Daneben blieb der mehr an die alte Sprachwurzel erinnernde Ausdruck „gewähren" bestehen. Auch dem Mittelalter war der Garantievertrag unbekannt. Glossatoren und Postglossatoren beschränkten

---

[1]) Stammler a. a. O., S. 52 u. folgd.
[2]) Stammler a. a. O., S. 65 u. folgd.
[3]) Grimm, Rechtsaltertümer, 2. Aufl., S. 602 u. folgd.

sich darauf, den Garantievertrag als besonderen Fall der Bürgschaft zu besprechen. Insbesondere lehrten die unter dem Einfluss der Italiener stehenden deutschen Doktoren, dass der Garantievertrag nicht ein besonderer Vertrag sei, sondern ein Vertrag, der mit der Bürgschaft, der Versicherung, Uebernahme der Gefahr durch den Mieter, oder Uebernahme des Risikos bei einer Handelsgesellschaft und anderen Verträgen sich unter einen einzigen allgemeinen Begriff bringen lässt, nämlich den der „indemnitatis promissio."

An dieser Anschauung hat man mit wenigen Ausnahmen[1]) bis in die neueste Zeit festgehalten. Winscheid ist eigentlich der erste, der auf die besondere Stellung des Garantievertrages hinweist.

Den Garantievertrag systematisch ausgebildet hat aber von den neueren Schriftstellern eigentlich nur Stammler. Neuerdings — 1910 — ist als Dissertation eine beachtenswerte Abhandlung über den Garantievertrag von Meinrath erschienen, welche unten noch verschiedentlich besprochen werden wird.

Stammler, vom gemeinen Recht ausgehend, behandelt die Lehre vom Garantievertrag ziemlich erschöpfend. Er geht aus von einigen Fällen der Praxis und weist an ihnen das Vorliegen eines Garantievertrages nach. Zu den wichtigsten der von Stammler behandelten Fällen rechnen die Zinsengarantien bei Aktienunternehmen. Solche Zinsgarantien kommen bereits am Anfang des 18. Jahrhunderts in Frankreich vor. Dort übernahm der Staat beziehungsweise der König die Haftung dafür, dass diejenigen, welche Geldeinlagen bei den der staatlichen Aufsicht unterliegenden Handelsgesellschaften gemacht hatten, ihre Zinsen rich-

[1]) Stammler a. a. O., S. 76.

tig bezahlt bekamen. Stammler erwähnt dann noch zwei Fälle, bei denen es sich um Zinsgarantie auf deutschem Rechtsgebiete handelt, einmal: Unter der Regierung Friedrichs des Grossen wurden von den kurmärkischen Landständen den Aktionären der Gesellschaft, welche das Tabaksmonopol gepachtet hatte, 10% Zinsen für ihre Einlagen garantiert. Ferner: Den Mitgliedern einer im Jahre 1772 begründeten Seehandelsgesellschaft wurden von den kurmärkischen Landständen 10% garantiert. Während aber diese Beispiele lediglich Bürgschaftscharakter trugen — sie sicherten nämlich eine bestehende Zinsschuld — bedeuten wirkliche Garantieverträge die sogenannten Dividendengarantien, bei diesen wurde nicht eine bestehende Schuld, sondern ein wirtschaftlicher Vorteil, nämlich die Höhe bestimmter Einnahmen, sicher gestellt. Derartige Dividendengarantien sind aber erst nachweisbar für den Anfang des 19. Jahrhunderts, und zwar für das französische Rechtsgebiet. Einige volkswirtschaftliche Schriftsteller[1]) stellten hier den Grundsatz auf, dass alle öffentlichen Arbeiten, wie Brückenbau, Strassenanlagen usw. privaten Unternehmungen übertragen werden sollten, und anderseits der Staat den Unternehmungen „la garantie d'un minimum d'interêt" gewähren sollte. Die Vorschläge der französischen Theoretiker fanden bald praktische Verwendung, aber nicht nur in Frankreich selbst, sondern auch weit über die Grenzen Frankreichs hinaus, so auch in Deutschland und zwar auf dem Gebiete der Eisenbahnunternehmungen. So wurde in Preussen 1843 der oberschlesischen und Köln-Mindener Eisenbahngesellschaft ein Ertrag von $3^1/_2$% garantiert.[2]) Das Gemeinschaftliche dieser Fälle ist folgender Tatbestand:

---

[1]) Stammler a. a. O. S. 89.
[2]) Ueber andere noch abgeschlossene Garantieverträge die Zusammenstellung bei Strombeck.

Der Staat verspricht einer privaten Gesellschaft, welche den Bau und Betrieb einer Eisenbahn unternimmt, das zu zahlen, was an einer bestimmten Ertragshöhe des Grundkapitals fehlt. Hierdurch wollte der Staat Privatleute veranlassen, ihr Geld den Eisenbahnunternehmungen zur Verfügung zu stellen. Privatleute hätten andernfalls Bedenken getragen, ihr Geld hinzugeben, wenn nicht die Höhe des Ertrages sicher war. Anderseits übernahm aber der Staat diese Haftung unentgeltlich. Nicht aber deshalb, weil er auf eigene Kosten den Privatleuten Vorteil bringen wollte, sondern weil er ein tatsächliches Interesse an dem Zustandekommen der Eisenbahn hatte. Diese Dividendengarantien, die übrigens auch weiter noch mit dem Namen der früher gebräuchlichen Zinsengarantien belegt wurden, führten ein fast gleiches wirtschaftliches Resultat herbei. Rechtlich war der Unterschied aber ein bedeutsamer. Bei der Zinsgarantie ist eine Schuld vorhanden, bei der anderen nicht. Obgleich die deutsche Reichsverfassung in Art. 73 dem Reiche die Kompetenz erteilt, Garantieverträge abzuschliessen, so hat dies das deutsche Reich nur einmal versucht und zwar in der Samoaangelegenheit.[1]) Im übrigen war man sich in der Literatur nicht einig, wie man die Dividendengarantien zu konstruieren habe. Nur darin stimmte man überein, dass wegen des Fehlens einer Hauptschuld von einer Bürgschaft nicht die Rede sein könnte. Für den Fall, dass der Staat, indem er eine bestimmte Dividendenhöhe garantiert, sich nach einer bestimmten Zeit den Ankauf des Unternehmens vorbehält, nimmt Stein[2]) einen modifizierten Kaufvertrag an. Auch an ein Gesellschaftsverhältnis zwischen Garanten und Garantienehmer hat man gedacht. Andere wider wollen, wenn die Dividendenhöhe unentgeltlich garantiert worden

[1]) Stammler a. a. O. S. 95, insbesondere Anm. 216.
[2]) Darüber und über die Literatur Stammler a. a. O., S. 97.

ist, eine Schenkung, wenn sie entgeltlich gegeben ist, einen Versicherungsvertrag annehmen. Und wenn der Staat sich das Recht vorbehalten hatte, das auf Grund der Garantie Geleistete in besseren Jahren zurückzufordern, so sollte ein Darlehn vorliegen. Was die gemeinrechtliche Konstruktion des Garantievertrages als Kaufvertrag anbelangt, so ist sie verfehlt, denn nicht wesentlich ist, dass sich der Staat auch den Ankauf der Bahn vorbehält. An ein Gesellschaftsverhältnis ist erst recht nicht zu denken. Abgesehen davon, dass rein äusserlich betrachtet die Annahme einer Gesellschaft gesucht erscheint, so könnte man doch höchstens dann eine Gesellschaft als vorliegend erachten, wenn wirklich der Zweck, den Garant und Garantieempfänger verfolgen, derselbe ist. Es ist sehr leicht denkbar, ohne dass der Garantievertrag an seiner Eigentümlichkeit verliert, dass der Garant einen ganz anderen Zweck verfolgt als der Garantieempfänger. Auch eine Schenkung ist Garantievertrag nicht. Fehlt hier doch der animus donandi. Der Garant hat selbst ein tatsächliches Interesse daran, dass durch seine Haftungsübernahme das in Frage stehende Unternehmen gesichert wird. Allerdings kann anderseits die Haftungsübernahme entgeltlich übernommen werden, nämlich in der Form des Versicherungsvertrags. Hiermit sind aber nur, wie gesagt, die Fälle der entgeltlichen Haftungsübernahme gedeckt. Auch geht es nicht an, dort, wo sich der Garant Rückgabe der geleisteten Garantiebeträge in besseren Zeiten ausbedungen hat, von Darlehn zu sprechen oder von einem Darlehnsvorvertrage. Während der Darlehnsempfänger stets verpflichtet ist, das Empfangene zurückzugewähren, braucht hier der Garantieempfänger das auf Grund der Garantie Geleistete nur dann zurückzugewähren, wenn bessere Zeiten eintreten, und dies kann ganz unsicher sein. Hier ist eben dann Garantie geleistet nicht bloss für einen Augen-

blickserfolg, sondern für das wirtschaftliche Gesamtresultat, welches eben abhängig ist von dem Wechsel guter oder schlechter Zeiten.

Trotz Stammlers im allgemeinen abschliessender Arbeit ist es für das gemeine Recht nicht zu einem einheitlichen Resultate gekommen.

Das B. G. B. hat eine Behandlung des Garantievertrages abgelehnt.[1]) Nach dem Standpunkte der Motive „entzieht sich der Garantievertrag wegen der Verschiedenheit der Verträge, die eine Garantie zum Zwecke und Inhalte haben, der allgemeinen Regelung."

Auch von den auswärtigen Kodifikationen hat nicht eine einzige die Regelung des Garantievertrages übernommen.

Welchen Standpunkt nun die heutige Wissenschaft nach der Schaffung des B. G. B. einnimmt, das darzulegen soll der Gegenstand unserer weiteren Ausführungen sein. Dabei werden wir die Stammlersche Arbeit zwar als grundlegend betrachten, im übrigen aber dieselbe unter Würdigung der neuesten Literatur einer Kritik unterziehen.

Kapitel II.

Stammler stellt als Begriff des Garantievertrages fest: „Unentgeltliche Uebernahme des Risikos für ein auf einen Vermögenserwerb gerichtetes Unternehmen zwecks Unterstützung beziehungsweise Förderung desselben." Was bedeutet nun die Uebernahme eines Risikos und welche Voraussetzungen hat eine solche?

Wenn jemand irgend ein Unternehmen, sei es bloss rechtlicher oder rein tatsächlicher oder gar gemischter Natur,

---

[1]) Motive, Band II., S. 658.

begründen möchte, so kann er schliesslich durch Ueberlegungen mannichfacher Art an dem entgültigen Entschluss zum Beginne des Unternehmens gehindert werden. So fürchtet er z. B., dass er persönlich sein Vermögen verlieren würde, oder dass das Unternehmen zu wenig Ertrag abwerfen würde. Wenn nun eine andere Person ein Interesse, und sei es auch nur ein tatsächliches, an dem Zustandekommen des in Frage stehenden Unternehmens hat, dann wird dieser den in seinem Entschlusse schwankenden Unternehmer durch Versprechung von Vorteilen, die ein Aequivalent für den befürchteten Schaden usw. bieten, zur Durchführung seines Unternehmens zu bestimmen suchen, Es ist nun natürlich, dass der andere dem Unternehmer gerade die Vorteile verspricht, welche einem etwaigen Nachteil des Unternehmens direkt korrespondierend gegenüber stehen. Dies wäre bei Befürchtung eines Schadens der entsprechende Schadenersatz, und bei Gefahr des Ausfalls eines bestimmten, wirtschaftlichen Erfolges, die Höhe des dem Erfolge entsprechenden Interesses. Wenn nun der andere für den Schaden aufkommen will oder sogar für einen positiven, wirtschaftlichen Erfolg einzustehen sich verpflichtet, so sagt man, er trägt das Risiko. Der Umfang des Risikos kann also verschieden sein: Einmal wird eingestanden für damnum emergens, ein andermal für lucrum cessans, sodann auch für beides, und ferner bei allen Momenten entweder ganz oder bis zur bestimmten Höhe.

Bis hierher begegneten uns bei der Begriffsbestimmung des Garantievertrages keine Schwierigkeiten. Die Begriffsbestimmung des Garantievertrages findet aber ihre Schwierigkeiten in den Voraussetzungen der Risikoübernahme. Zweifellos ist, dass nicht jedes Einstehen für einen bestimmten Erfolg ein Garantievertrag ist. Wenn dies der Fall wäre, so würde jede Bürgschaft, jeder Versicherungsvertrag,

ferner jeder Vertrag, bei dem der Leistende dem andern dafür einzustehen verspricht, dass die geleistete Sache innerhalb einer bestimmten Zeit von Fehlern nicht behaftet sein würde, ein Garantievertrag sein, so z. B. wenn der Fahrradhändler dem Käufer für das Fahrrad zwei Jahre Garantie leistet. Das ist aber nicht der Fall, wie unten näher dargetan werden wird.

Welches aber sind nun die Voraussetzungen im einzelnen, welche das vertragsmässige Einstehen für einen bestimmten Erfolg zum Garantievertrage erheben? Fs wird behauptet, so auch von Stammler,[1]) dass die Selbständigkeit des Garantievertrags die erste Voraussetzung sei. Die Selbständigkeit kann vor allen Dingen bei folgenden Tatbeständen in Frage gestellt werden. Einmal bildet die Haftungsübernahme einen Teil des Hauptvertrags, so z. B. das Garantieren für Fehlen von Mängeln beim Kauf, zum andernmal bildet die Haftungsübernahme zwar einen selbständigen Vertrag, der Vertrag dient aber zur Sicherung einer anderen Schuld. So liegt, wenn jemand einem anderen gegenüber dafür einstehen will, dass ein dritter dem anderen die Schuld bezahle, Bürgschaft und nicht Garantievertrag vor. Ueber den Unterschied zwischen Bürgschaft und Garantievertrag im Besonderen wird unten näher eingegangen werden. Was nun den ersten Tatbestand anbelangt, so muss man untersuchen, ob auch wirklich der Garantievertrag einen blossen Bestandteil eines anderen Vertrages bildet oder nicht. Es ist aber nun der Fall denkbar, dass durch den Zufall oder bestimmte wirtschaftliche Vorgänge bedingt, der Garantievertrag bloss rein äusserlich mit einem anderen Vertrage zusammen errichtet worden ist, vielleicht auch in derselben Form, im übrigen aber ein organischer Zusammenhang

[1]) Stammler a. a. O., S. 5.

zwischen den beiden Verträgen nicht besteht. Wienstein[1]) leugnet zwar, im Gegensatz zu Stammler, die Möglichkeit einer Verbindung des Garantievertrags mit einem anderen Vertrage. Er gibt zwar die Möglichkeit zu, dass sich Verträge verschiedenen Inhalts zu einer Einheit verbinden können,[2]) so z. B., eine Frau kauft sich in ein Stift ein. Wienstein behauptet aber, dass sich in jedem Falle die Verbindung des Garantievertrags mit einem anderen Vertrage in letzter Linie als Regelung des Entgelts herausstelle. Der Meinung Wiensteins kann aus folgenden Gründen nicht beigetreten werden. Wenn Wienstein einerseits zugibt, dass sich mehrere Verträge verschiedener Art mit einander verbinden können, so muss diese Möglichkeit nicht sowohl für organische, sondern erst recht für rein äusserliche Verbindungen gelten. Der Garantievertrag soll aber nun stets eine Ausnahme bilden, indem er, da er sich nach Wienstein stets als Regelung des Entgelts herausstellt, nur organisch mit anderen Verträgen verbunden sein soll. Für diese seine Behauptung ist Wienstein den Beweis schuldig geblieben. Ueber die Art und Weise der Vertragsverbindungen entscheidet nicht etwa der rechtliche Charakter der Verträge selbst — so können Verträge mit einander verbunden werden, die rechtlich überhaupt nichts mit einander zu tun haben, z. B. Mietvertrag und Kaufvertrag — sondern hier sind massgebend teils Zufallsgründe, teils zeitliches Zusammentreffen usw., teils wirtschaftliche Vorgänge, die die Intentionen der Parteien beeinflussen. Im übrigen wird es gar sehr bei derartigen Vertragsverbindungen darauf ankommen, auf welchem Vertrage das wirtschaftliche beziehungsweise das beabsichtigte Hauptgewicht liegt. Nehmen wir an: Eine Stadt verspricht einem Arzte, wenn er sich

[1]) Recht, 1907, S. 797 bis 860.
[2]) Müller u. Regelsberger, Band 48, Jherings Jahrbücher.

dort niederlässt, freie Wohnung — im Werte vielleicht von 500 Mark — für den Fall, dass der Arzt die Behandlung der städtischen Beamten übernimmt. Ausserdem garantiert ihm die Stadt, um den Arzt auch wirklich zur Uebersiedlung zu veranlassen, ein jährliches Mindesteinkommen von 3000 Mk. aus Privatkundschaft. Nach der Intention der Parteien ist hier das Interesse der Stadt überhaupt an der Uebersiedlung des Arztes mit 3000 Mk. in die Erscheinung getreten, während das Interesse der Stadt aus dem Dienstvertrage — Behandlung der städtischen Beamten — nur die Höhe von 500 Mk. erreicht. Hier kann man wohl dann nicht von einem unselbständigen Garantievertrage sprechen. Bei derartigen Vertragsverbindungen also, wo der Garantievertrag den anderen Vertrag an Bedeutung übertrifft, wird der Garantievertrag, wenn nicht stets, so doch zum mindesten regelmässig, einen selbständigen Vertrag abgeben. Man muss also in jedem einzelnen Falle zur Bestimmung eines Vertrages als Garantievertrag untersuchen:

Ist die Garantieleistung als ein Teil des Entgelts anzusehen oder nicht? Ist dies der Fall, dann ist der Garantievertrag unselbständig und nicht fähig der Anwendung besonderer Rechtsregeln, nämlich der des Garantievertrags.

Wenn bei einer Verbindung eines Vertrages mit einem Garantievertrage der Garantievertrag eine Regelung des Entgelts nicht darstellt, so ist das Garantieversprechen, als nicht organisch mit dem anderen Vertrage verknüpft, der Anwendung besonderer Rechtsregeln fähig. Hierbei dürfte es vorkommen, dass die Hauptsache in der Vertragsverbindung der Garantievertrag und nicht der andere Vertrag ist. Dann handelt es sich überhaupt um einen selbständigen Vertrag, dessen besondere Behandlung, wie die des Garantievertrags überhaupt, mit Rücksicht auf die allgemeine Vertragsfreiheit keinem Zweifel unterliegt. Die hier

dargetane Ansicht, dass ein Garantievertrag sehr wohl äusserlich mit einem anderen Vertrage verbunden sein kann, ohne den besonderen Charakter als Garantievertrag zu verlieren, teilt auch Meinrath.[1])

Als weitere Voraussetzung des Garantievertrags stellt Stammler die Unentgeltlichkeit desselben hin. Nach ihm ist also der Garantievertrag stets ein einseitiger Vertrag (contractus unilateralis). Würde der Garant eine Vergütung für seine Leistungen sich versprechen lassen, so würde sich ein solcher Tatbestand in Nichts von dem Versicherungsvertrage unterscheiden. In der Tat haben auch beide Verträge, Garantievertrag und Versicherungsvertrag, auffallende Aehnlichkeit. So kam in einer Entscheidung das preussische Obertribunal[2]) zu der auffallenden Entscheidung, es gäbe auch unentgeltliche Versicherungen. Die Entscheidung ist weniger merkwürdig als sie auf den ersten Blick erscheint. Zweifellos ist der Versicherungsvertrag, (der „entgeltliche") der mit dem Garantievertrag am nächsten verwandte Vertrag. Wenn man unter Versicherung diejenige Tätigkeit versteht, welche das Sicherstellen einer Person in Bezug auf das Eintreten und Nichteintreten eines Ereignisses bezweckt, so muss man sagen, dass nicht nur dem (entgeltlichen) Versicherungsvertrage, sondern auch dem (unentgeltlichen) Garantievertrage diese Tätigkeit innewohnt. Aus diesem gemeinschaftlichen Inhalte liesse sich ein gemeinschaftlicher Oberbegriff für beide Verträge formulieren, nämlich der der Versicherung. Nach dem Vorhandensein einer Verpflichtung zum Zahlen einer Vergütung zerfällt dieser Oberbegriff in zwei Unterarten, in entgeltliche und unentgeltliche Versicherungsverträge. Natürlich sind dann beide Verträge wegen der prinzipiellen Verschiedenheit ein-

[1]) Meinrath a. a. O., S. 4 u. folgd.
[2]) Striethorst's Archiv, XV. S. 313 folgd.

seitiger und zweiseitiger Verträge von verschiedenen Grundsätzen aus zu behandeln. Dieses verkannt zu haben, war der Fehler des preussischen Obertribunals.

Aus welchem Grunde nun jemand unentgeltlich für den Schaden eines anderen aufkommen will, das ist Tatfrage. Es kann eine Schenkung sein, braucht es aber nicht. Allerdings wird dann die Interpretation eines solchen Vertrages bei Fehlen des animus donandi in Bezug auf das Vorhandensein eines hinreichenden Geschäftsmotives regelmässig in Verlegenheit kommen. Darf doch der Garantievertrag, wenn er unentgeltlich sein soll, weder auf eine credendi noch solvendi causa gehen. Muss also der Garantievertrag stets eine donandi causa enthalten? Unentgeltlichkeit und Schenkungsabsicht ist nicht dasselbe. Kann ich doch handeln, ohne dass ich den anderen zu einer Leistung verpflichten will aus ureigenstem Interesse heraus. Wenn auch rechtlich nicht ausgeprägt, so kann man doch sehr wohl als causa für einen derartigen Haftungsvertrag das tatsächliche Interesse an dem Eintreten dessen, was garantiert wird, ansehen. Hierbei wird sogar der merkwürdige Fall des öfteren sich ereignen, dass der Garant zwar unentgeltlich leisten will, der Garant aber die Unentgeltlichkeit gleichsam als Deckmantel für sein in Bezug auf den Umfang seiner Leistung — Garantieleistung — höheres Interesse benutzt.

Kapitel III.

Wenn der Garantievertrag ein einseitiger Vertrag ist, dann haben wir es nur mit einer einzigen Leistung zu tun, eben der der Garantieleistung. Was diese enthält, haben wir bereits oben gezeigt, nämlich ganz allgemein gesagt, das Einstehen für einen bestimmten Erfolg. Wieweit nun dieses

Einstehen gehen soll, ist der Parteidisposition überlassen. Es wird bald für Naturalrestitution, bald nur für damnum emergens, bald auch für lucrum cessans, endlich auch für einen beschränkten Teil des Schadens oder für den Schaden in vollem Umfange gehaftet werden. Diese Unterschiede im Umfange der Haftung haben keine prinzipiellen Besonderheiten.

Dem Recht auf Leistung entspricht nun auf anderer Seite die Pflicht zur Leistung. Was hat nun der Leistungsverpflichtete, also der Garant, mit Rücksicht auf die Erfüllung dieser Pflicht zu prästieren. Regelmässig wird bei den unentgeltlichen Rechtsgeschäften bloss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gehaftet. Auch beim Garantievertrage? Regelmässig Grund dafür, dass nur für culpa lata gehaftet wird, ist aber nicht die Unentgeltlichkeit selbst, sondern es kommt vielmehr darauf an, auf wessen Seite bei unentgeltlichen Verträgen das vorwiegende Interesse als vorliegend zu präsumieren ist. So haftet bei Schenkung und Leihe der Schenker beziehungsweise der Verleiher nur für culpa lata, weil hier das Interesse für den aus dem Vertrage Berechtigten präsumiert wird. Das Regelmässige beim Garantievertrage dürfte sein, dass der Garant selbst ein tatsächliches Interesse am Gelingen des Unternehmens hat, wegen dessen Zustandekommen er garantiert. Aus diesem Grunde hat der Garant omnis culpa, als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, zu prästieren.

Dass regelmässig auf seiten des Garanten ein tatsächliches Interesse vorhanden ist, schliesst für den besonderen Fall nicht aus, dass einmal das Interesse fehlen könnte oder wenigstens auf ein Mindestmass sich beschränke. Wird in diesem Falle sich die Haftung für omnis culpa in eine solche für culpa lata umwandeln? Wenn ein solches Interesse fehlt, dann bleibt einzig und allein als Geschäfts-

motiv die donandi causa übrig. Wenn nun die lukrative Absicht des Garanten aus dem Rechtsgeschäfte klar ersichtlich ist, dann dürfte nur für culpa lata einzustehen sein. Es dürfte aber eine Vermutung dafür sprechen, dass regelmässig auf seiten des Garanten ein Interesse vorliegt, eine Schenkungsabsicht also fehlt, der Garant also für omnis culpa haftet. Es wäre dann Sache des Garanten, zu beweisen, dass die Garantieübernahme schenkungshalber erfolgt sei, und er infolgedessen nur für culpa lata hafte.

Eine andere Frage, aber ebenfalls den Umfang der Haftung des Garanten betreffend, ist die: Wird durch Verhalten eines Garantieempfängers oder durch Verhalten eines dritten oder eines Tieres, das der Garantieempfänger zu vertreten hat, die Leistungspflicht des Garanten beeinflusst? Treu und Glauben verlangen, dass der Garantieempfänger sich jeder Handlung enthalten muss, welche darauf abgestellt ist, die Haftungspflicht des Garanten auszulösen. Gleichgültig ist hierbei, ob das Verschuldensmoment des Garantieempfängers Vorsatz oder Fahrlässigkeit bildet. Eine derartige Regelung entspricht dem Rechtssprüchworte: „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire".

Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage, ob die Haftung des Garanten eintritt für den Fall, dass das Ereignis, für das garantiert ist, ausfällt durch das Verhalten einer Person oder eines Tieres, für die der Garantieempfänger einzustehen hat. Wenn nach § 833 B. G. B. der Tierhalter, nach § 278 beziehungsweise § 831 B. G. B. derjeninge, welcher sich der Tätigkeit eines anderen bedient, für den Schaden unter den dort gegebenen Voraussetzungen aufzukommen hat, den das Tier oder der andere anrichtet, dann muss der Tierhalter beziehungsweise der für das Verschulden eines dritten nach Massgabe der

§§ 278 oder 831 Haftende auf den Schadenersatz verzichten, den sie auf Grund des Garantievertrags sonst hätten erlangen können. Natürlich wird im besonderen Falle durch ausdrückliche Uebernahme sich die Haftung auch auf diese Fälle erstrecken können. Es wäre aber eine unbefriedigende Lösung, wenn man durch den unentgeltlichen Vertrag der Garantie — den Fall der besonderen Haftungsübernahme ausgeschlossen — dem Garantieempfänger, der sonst ein Minus zu verzeichnen hätte, ein wirkliches Plus einräumen wollte.

Eine andere Frage ist nun die, ob im besonderen Falle der Garant auch für Verschulden des Garantieempfängers einzustehen die Verpflichtung übernehmen kann. Man muss hier unterscheiden, ob dann die Garantie für Fahrlässigkeit oder auch für Vorsatz gelten solle. Zweifellos ist eine derartige Erweiterung der Garantie auf die Fälle, in denen Fahrlässigkeit des Garantieempfängers vorliegt, zulässig. Unzulässig aber ist die Garantieübernahme, wenn der Vorsatz des Garantieempfängers in die Garantie eingeschlossen sein soll. Denn dann würde hier die Leistung des Garanten vollständig in die Willkür des Garantieempfängers gestellt. Ein derartiges Rechtsgeschäft ist nichtig. Wie weit also, abgesehen von diesem letzten Falle die Garantie gehen soll, das dürfte in jedem Falle der Disposition der Parteien überlassen sein.

Eine andere Frage wieder ist nun die, wie die Rechtsverhältnisse des Garantievertrags bei Unmöglichkeit des garantierten Erfolges sich gestalten. Der eine Fall, bei dem der Erfolg durch Verschulden des Garantieempfängers unmöglich geworden ist, fällt unter den oben besprochenen Fall, dass der Garantieempfänger bei eigenem Verschulden das Recht auf die Leistung verliert. Es bleibt noch zu prüfen einmal der Fall, wo der garantierte Erfolg

von vornherein unmöglich ist, zweitens der Fall, bei dem die Unmöglichkeit später, aber ohne Verschulden des Garantieempfängers eingetreten ist.

Was den Tatbestand der ursprünglichen Unmöglichkeit anbelangt, so könnte heute § 306 B. G. B. in Frage kommen, danach ist ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig. Aber, wenn der Erfolg, dessen Eintritt garantiert war, von vornherein unmöglich ist, dann liegt immer noch keine unmögliche Leistung vor. Denn die Leistung des Garantievertrags ist ja gerichtet auf Zahlung der garantierten Summe und nicht etwa auf Leistung eines bestimmten anderen Erfolges, für dessen Eintritt oder Nichteintritt die Garantiesumme versprochen war. Stammler[1]) will hier einen Unterschied machen zwischen dem Garantievertrage, je nachdem die Vertragschliessenden gutgläubig oder bösgläubig sind. Wissen beide Kontrahenten nichts von der bereits eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung, so soll nach Stammler ein vollgültiger Garantievertrag vorliegen, denn „der Empfänger der Garantie erhält Sicherung wie bei objektiver Unsicherheit des Ausgangs und er wird dadurch zu dem Betriebe seiner Unternehmung oder zur Vornahme der riskierten Handlung angefeuert, während der Garantierende das Interesse, das er irgendwie an dem Vorgehen jenes nahm, durch letzteres gleichermassen ausreichend befriedigt erscheint."

Wir schliessen uns hier der Meinung Stammlers an. Auch darin, dass, wenn beiden Parteien bekannt war, dass der versprochene Erfolg unmöglich kommen werde, ein Garantievertrag nicht anzunehmen ist! Ohne weiteres ungültig ist zwar ein solcher Vertrag nicht, aber es fehlt hier an dem Essentiale des Garantievertrags, nämlich dass ein

---

[1]) Stammler a. a. O., S. 124 u. folgd.

unsicherer Erfolg durch die Haftungsübernahme des Garanten sicher gestellt werde. Ein derartiger Vertrag wird verschiedenen Rechtsregeln unterworfen sein. Es kommt hier auf das zu Grunde liegende Kausalgeschäft an, das bald lukrativ, bald onoros sein kann. Wie ist es aber nun, wenn nur einer von beiden Kontrahenten die Unmöglichkeit des garantierten Erfolges kannte?

Man muss hier unterscheiden, ob diese Kenntnis der Garant oder der Garantieempfänger hat. Kennt der Garant die Unmöglichkeit, so muss der Garantievertrag gelten. Ist es hier doch eigene Sache des Garanten, wenn er sich trotz Kenntnis der Unmöglichkeit für den Eintritt des Erfolges verbürgt. Auch wenn es der Garantieempfänger ist, welcher die Unmöglichkeit des garantierten Erfolges kennt, dann dürfte der Garantievertrag an und für sich gültig sein. Aber der Vertrag wird — darauf weist auch Stammler mit Recht hin — meistenteils durch Anfechtung z. B. wegen Arglist, aus der Welt zu schaffen sein. Bisher war immer davon gesprochen, dass der Eintritt des Erfolges garantiert war, der Erfolg selber aber unmöglich war. Dasselbe gilt natürlich auch für den umgekehrten Fall, dass der Nichteintritt des Erfolges garantiert war, von vornherein aber der Eintritt des Erfolges feststeht.

Anders als wie der eben besprochene Fall liegt der Tatbestand dort, wo die Unmöglichkeit des garantierten Erfolges erst nach dem Vertragsschlusse sich herausstellt. Hier kommt es in erster Linie auf die Disposition der Parteien an, wie weit dis Garantie reichen soll. Beim Fehlen einer genaueren Disposition aber wird regelmässig durch den späteren Eintritt der Unmöglichkeit des Erfolges der Garant nicht nur nicht frei, sondern es wird gerade hier seine Garantiepflicht ausgelöst. So der normale Fall.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn die Unmöglichkeit eingetreten ist auf Grund eines ganz aussergewöhnlichen und völlig unvorhergesehenen Ereignisses? Wenn die Parteien hierüber Disposition getroffen haben, so richtet sich die Regelung nach der Parteibestimmung. Eine andere Frage aber ist die: Haftet der Garant auch dann, wenn beim Fehlen jeglicher Parteidispositionen ein solcher casus insolitissimus eintritt? Stammler bejaht die Frage auf Grund analoger Anwendung der Grundsätze der Bürgschaft und des Versicherungsvertrages: „Bei der Bürgschaft könne sich der Bürge nicht darauf berufen, dass im besonderen Falle die Nichtzahlung der Schuld durch den Schuldner gänzlich unerwartet und unvorsehbar eingetreten sei.“ Ebenso werde beim Versicherungsvertrage nicht danach gefragt, aus welchem Grunde, ob aus einem gewöhnlichen oder ungewöhnlichen, die Versicherungspflicht ausgelöst werde. Ohne die Zulässigkeit einer derartigen Analogie näher zu prüfen, kommen wir aus folgendem Grunde zu demselben Resultate wie Stammler: Wollte man die Haftung für casus insolitissimi nicht dem Garantievertrage unterstellen, dann würde sich in jedem Falle die Notwendigkeit ergeben, den Unterschied zwischen dem casus insolitissimus und dem gewöhnlichen Zufall darzutun. Eine solche Abgrenzung ist aber, weil diese Begriffe relativ sind, äusserst schwierig. Ausserdem geht doch im normalen Falle das Interesse des Garantieempfängers nicht bloss darauf, dass nur für den durch gewöhnliche Ereignisse verursachten Schaden gehaftet werde, sondern ihn interessiert die Tatsache allein, dass überhaupt gehaftet wird. Ihn interessiert also nicht der Grund der Haftung, sondern die Tatsache der Haftung allein. Was den Garanten selbst anbelangt, so haben wir eben festgestellt, dass er ein Interesse, wenn auch nur ein tatsächliches, an dem Eintritt des Erfolges hat. Diesem Interesse wird

aber regelmässig nur genügt werden, wenn er auch die Haftung für den ungewöhnlichen Zufall übernimmt.

Gesetzt nun den Fall, dass der Garant beim Abschlusse des Garantievertrages an den späteren Eintritt der Unmöglichkeit nicht im geringsten gedacht hat, später der Fall der Unmöglichkeit aber eintritt, dann kann der Garant den Vertrag nicht etwa wegen Irrtums anfechten. Es würde eine Anfechtung wegen Irrtums im Motiv vorliegen. Eine solche Anfechtung wegen Irrtums im Motiv ist aber mit der sich bereits im gemeinen Recht vollzogenen Ablehnung der Voraussetzungslehre Windscheids für das B. G. B. unerheblich und zur Anfechtung nicht verwendbar.

Kapitel IV.

Besondere Bedeutung kommt nun der Frage zu, ob die Haftung für Eintritt eines bestimmten Erfolges von mehreren Garanten übernommen werden kann. Zweifellos gültig ist die Abrede, durch die mehrere Garanten anteilige Haftung übernehmen. Denn wenn eine Person allein einen bestimmten Erfolg in dem grösstmöglichsten Umfange garantieren kann, dann können diese Haftung erst recht mehrere Anteilige übernehmen. Trifft doch dann jeden einzelnen Garanten nicht eine so grosse Ersatzpflicht wie in der Einzelhaftung. Auch steht der Garantieempfänger sich besser, indem er sicherer zu seinem Gelde kommt, da von jedem nur ein Teil der ganzen Haftungssumme verlangt wird.

Ist aber nun ein Garantievertrag zulässsig, wenn mehrere in solidum für den Erfolg haften? Stammler bejaht diese Frage. Bedenklich könnte dieses Resultat erscheinen mit Rücksicht auf die in fast allen Versicherungsverträgen vorkommende Klausel, dass die Versicherungsgesellschaft nicht

hafte bei Doppelversicherung. Zwar verbietet das Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 an sich nicht die Doppelversicherung, sondern lässt vielmehr im § 59 im Falle der Doppelversicherung jeden Versicherer als Gesamtschuldner haften. Natürlich ist diese Vorschrift nicht ius cogens und kann somit durch Vertragsvereinbarung geändert werden. Es kann also, und das wird in vielen Versicherungsverträgen ausbedungen, die Haftung des Versicherers für den Fall der Doppelversicherung kontraktlich ausgeschlossen werden. Indem aber das Gesetz ausdrücklich im § 59 die Doppelversicherung zulässt, so dürfte dies auch in analoger Weise für den Garantievertrag gelten. Es kann sich also jemand einen Erfolg garantieren lassen in der Form der Gesamtschuldnerhaftung. Nur für den Fall, dass durch die Doppelversicherung der Versicherungsnehmer sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen will, sind im § 59 Abs. 3 die einzelnen Versicherungsverträge für nichtig erklärt. Dies dürfte auch für mehrere Garantieverträge gelten, welche in der Absicht der Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils geschlossen sind. Bei der oben durchgeführten analogen Anwendung des Abs. 1 § 59 — Gesamtschuldnerhaftung bei Doppelversicherungen — auf den Garantievertrag könnte höchstens das beide Verträge unterscheidende Moment der Entgeltlichkeit Bedenken erregen. Man könnte nämlich sagen: Wenn der Versicherungsnehmer doppelte Prämien bezahlt, dann muss es ihm auch freistehen, wen er in erster Linie haften lassen will. Beim Garantievertrage geniesst der Garant lediglich unentgeltlich die Vorzüge der Haftungsübernahme durch andere Personen. Aber: Im Vordergrunde steht nicht, dass der Garantieempfänger keine Leistung zu machen braucht, obgleich dies Essentiale des Garantievertrags ist, sondern im Vordergrunde steht die Willenserklärung dessen, der sich

zur Haftung verpflichtet. Und dieser wird als Aequivalent für seine Leistung zwar nicht eine Gegenleistung haben, aber doch die Befriedigung des tatsächlichen Interesses oder zu wenigstens das Erhoffen der Befriedigung dieses Interesses, was er an dem Unternehmen, dessen Gelingen er garantiert, hat.

Kapitel V.

Es interessiert die Frage, ob sich der Garantievertrag im Sinne von § 780 B. G. B., also als abstraktes Rechtsgeschäft darstellt oder nicht. § 780 B. G. B. verlangt für ein derartiges Rechtsgeschäft Schriftform. Einerseits ist offensichtlich, dass jedem Garantievertrage die causa der Sicherung des Unternehmens zu Grunde liegt. Wie causa solvendi oder credendi muss auch dieses Motiv der Sicherung das Rechtsgeschäft genügend individualisieren. Andererseits steht fest, dass dem Garantievertrage ohne Aenderung seines Wesens die verschiedenartigsten Motive zu Grunde gelegt werden können, so kann er schenkweise oder auf Grund eines Auftrages usw. abgegeben sein. Insofern ist der Garantievertrag auch ein abstrakter Vertrag, als er nämlich ohne Aenderung seines Wesens den mannigfachsten Motiven dienen kann. Mit Rücksicht auf den Sicherungszweck ist daher der Garantievertrag kein solcher Vertrag, der im Sinne von § 780 B. G. B. die Verpflichtung selbständig begründen soll. Andererseits ist möglich, dass die Garantiehaftung in der Form der abstrakten Rechtsgeschäfte vorgenommen werden kann, z. B. in Gestalt eines Wechsels. Hier liegt aber streng genommen in diesem Rechtsgeschäfte selbst kein Garantievertrag vor, sondern der Garantievertrag bildet selbst hier nur die causa zu dem Rechtsgeschäfte. Wenn wir in unserer Ausführung von dem

Garantievertrage als von einem abstrakten Rechtsgeschäfte sprechen, so soll damit nur gesagt sein, dass ausser dem stets gleichbleibenden Sicherungszwecke die verschiedensten Motive den Garanten zur Uebernahme der Haftung veranlassen können, ohne dass die verschiedenen Motive den Charakter des Garantievertrages modifizieren können.

Kapitel VI.

Ist nunmehr der Begriff des Garantievertrags festgelegt, und der Charakter hinreichend besprochen, so bleibt noch übrig, sich an der Hand dieses Begriffes den Unterschied zu den nahe verwandten Verträgen festzulegen und somit ein noch klareres Bild von dem Begriffe des Garantievertrages zu gewinnen.

Am nächsten verwandt erscheint mit dem Garantievertrage die Bürgschaft. Auf einem ähnlichen Standpunkte stehen die Motive zum B. G. B. Ja, diese erklären sogar die Bürgschaft als eine im B. G. B. geregelte Unterart des Garantievertrages.[1]) [2]). Wenn man jedes Einstehen für einen Erfolg schlechthin als Garantieren auffassen will, so wäre hiergegen nichts einzuwenden. Zumal der Sprachgebrauch des Lebens den Ausdruck Garantie in allen möglichen Modalitäten versteht, und den Ausdruck bei den verschiedensten Verträgen tatsachlich gebraucht, sofern nur ein bestimmter Erfolg gewährleistet wird. Dann müsste man aber die selbständige und unentgeltliche Haftungsübernahme als „Garantievertrag“ im engeren Sinne bezeichnen. In der Folgedarstellung soll nur von diesem letzteren als dem eigentlichen Garantievertrage gesprochen werden. Wovon unterscheidet sich dieser nun vom Bürgschaftsvertrage? Die

[1]) Motive, Bd. II., S. 658.
[2]) Aehnlich das Reichsgericht, Bd. 61, S. 157.

Bürgschaft setzt stets eine Forderung voraus, soll sie doch dazu dienen, dass der Gläubiger aus der Forderung befriedigt werde. Ihr Charakter ist rein accessorisch. Dieses Abhängigkeitsverhältnis geht sogar soweit, dass die Bürgschaft erlischt, auch wenn der Bürge wider Treu und Glauben den Untergang der Hauptforderung herbeiführt. Allerdings treten dann Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen den Bürgen auf. Diese accessorische Natur unterscheidet sich von dem selbständigen Charakter des Garantievertrages, und diese Unselbständigkeit der Bürgschaft verhindert es, dass ihre im B. G. B. eingehend geregelten Bestimmungen auf den Garantievertrag in analoger Weise angewendet werden können.[1]) Insbesondere ist hervorzuheben, dass die Vorschrift des § 766 B. G. B. für Bürgschaft — Schriftlichkeit der Haftungserklärung — für den Garantievertrag nicht in Frage kommt, so auch Reichsgericht Bd. 50, S. 160.[2])

Meinrath S. 8[3]) will die Formvorschrift des § 766 B. G. B. auf den Garantievertrag schon deshalb für nicht anwendbar erklären, weil die Bürgenverpflichtung für den Versprechenden weit gefährlicher sei als die Verpflichtung der Garantieübernahme. Die Gefahr der Bürgschaftsübernahme sei aber deshalb grösser, weil, da die Bürgschaftsverpflichtung sich stets nach der Höhe der Hauptforderung richte, sich nicht voraussehen lässt, wie hoch die Haftung des Bürgen in Anspruch genommen wird. Der Grund für die Nichtanwendung des § 766 B. G. B. auf den Garantievertrag liegt, wie wir gleich zeigen werden, nicht in diesem Grunde, sondern allein in dem gesetztechnischen Grunde, dass Rechtssätze zur Analogie nur herangezogen werden

---

[1]) Ebenso fasst den Unterschied zwischen Bürgschaft und Garantievertrag Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1910, S. 363.
[2]) Reichsgericht, Bd. 50, S. 160.
[3]) Meinrath, a. a. O., S. 8.

können propter similia, d. h. wegen Gleichheit des Rechtsgrundes. Diese Gleichheit ist aber mit Rücksicht auf den oben gezeigten Unterschied zwischen der Bürgschaft und dem Garantievertrage nicht anzunehmen. Der von Meinrath angeführte Grund, die Uebernahme einer Bürgschaft sei gefährlicher als die Uebernahme der Garantiehaftung, dürfte ausserdem den Tatsachen nicht immer entsprechen. Zugegeben, dass mit Erhöhung der Hauptschuld auch die Inanspruchnahme des Bürgen über das voraussichtliche Mass hinaussteigen würde, so ist ebenso umgekehrt der Fall möglich, dass sich diese Inanspruchnahme verringern kann. Dieselben Ereignisse, die die Hauptschuld, und damit die Verbindlichkeit des Bürgen verändern können, sind auch in der Lage, gegebenenfalls die Höhe der Garantiehaftung zu modifizieren. Dazu kommt noch, was als Regel gelten kann, dass der Schuldner seinen Verbindlichkeiten nachkommt, die Haftpflicht des Bürgen also nur ausnahmsweise ausgelöst wird. Die Auslösung der Garantiehaftung wird zwar auch gewöhnlich nicht erhofft, gleichwohl aber nicht in Bezug auf ihren Eintritt von einem Regelfall abhängig sein. Meinrath behauptet weiter, ob im besonderen Falle Bürgschaft oder Garantievertrag vorliege, äusserlich zu erkennen, gäbe es folgendes Mittel. Es sei zu untersuchen, ob die Haftungsübernahme im Interesse des Haftungsübernehmers liege oder dieselbe im Interesse des Hauptschuldners geschehe. Im ersteren Falle solle Garantievertrag, im letzteren Bürgschaft vorliegen. Ist dies richtig? Es wäre richtig, wenn es zu den Essentialien der Bürgschaft gehörte, dass die Schuldübernahme stets im Interesse des Hauptschuldners stattfindet. Wir können diesem Momente nur die Bedeutung eines naturale negotii zusprechen: Zweifellos kann die Bürgschaft selbst gegen den Willen des Schuldners übernommen werden, und dann liegt die Uebernahme sicher-

lich nicht im Interesse des Hauptschuldners. Es ist daher also falsch, wenn Meinrath sagt: „Es sei im gewöhnlichen Rechtsverkehre kein Fall denkbar, in dem der Hauptschuldner ohne Interesse an der Uebernahme der Bürgschaft gewesen wäre".[1]) Ferner scheint uns Meinrath einen methodischen Fehler zu begehen, wenn er die Verschiedenheiten von Bürgschaft und Garantievertrag, die doch, wie er selbst Seite 12 zugibt, abstrakte Rechtsgeschäfte sind, auf die diesen Rechtsgeschäften zu Grunde liegenden Motive zurückführen will. Zwar hat das abstrakte Rechtsgeschäft sehr wohl einen Zweck, eine causa. Es ist aber gerade die Eigenart des abstrakten Geschäfts, dass äusserlich dieses Motiv im Rechtsgeschäfte selbst nicht hervortritt. Die Motive, als solche nicht hervortretend, dürfen daher keine Mittel zur juristischen Charakterisierung des abstrakten Geschäfts abgeben. Das verschiedene Interesse des Schuldners und Gläubigers kommt daher für die Unterscheidung beider Verträge nicht in Betracht. Die Unterscheidungsmerkmale der beiden abstrakten Verträge müssen daher als äussere Bestandteile des Rechtsgeschäfts selbst erkennbar sein. Die einzigen Erkennungszeichen bleiben daher für den Garantievertrag die Selbständigkeit der Haftung des Garanten, für die Bürgschaft die Abhängigkeit von der Forderung, also die Akzessorität. Wegen der Unmöglichkeit der analogen Anwendung der Bürgschaftsvorschriften auf den Garantievertrag kann auch § 774 B. G. B. für den Garantievertrag nicht in Frage kommen. § 774 B.G.B. lässt in Form einer cessio legis die Forderung des Gläubigers auf den Bürgen übergehen, wenn dieser den Gläubiger befriedigt. Mit der Verneinung der Anwendung des § 774 B. G. B. auf den Garantievertrag ist aber nicht schlechthin die Möglichkeit abgeschnitten, dass der Garant Ersatz seiner Zahlung von dem Garantieempfänger verlangen kann, son-

[1]) Meinrath a. a. O., S. 10 u. folgd.

dern nur, dass, wenn eine solche Ersatzpflicht überhaupt in Frage käme, sie aus § 774 B. G. B. nicht hergeleitet werden kann. Ob sich eine derartige Ersatzpflicht auf andere Weise rechtlich begründen lässt, wird weiter unten in einem besonderen Kapitel näher ausgeführt werden.

Zeigen sich nun diese zwischen Garantievertrag und Bürgschaft im allgemeinen festgestellten Unterschiede auch zwischen Garantievertrag und den einzelnen Arten der Bürgschaft, z. B. der selbstschuldnerischen Bürgschaft, der Rückbürgschaft, der Nachbürgschaft und Schadlosbürgschaft? Was die selbstschuldnerische Bürgschaft anbelangt, so dürfte sich bei ihr derselbe Unterschied vom Garantievertrage finden wie bei der Bürgschaft, bei der der Bürge die Einrede der Vorausklage hat. Denn, auch wenn bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft der Bürge die Einrede der Vorausklage nicht hat, er also bereits dann vom Gläubiger in Anspruch genommen werden kann, ehe dieser vom Schuldner Zahlung versucht hat, so bleibt dennoch seine Haftung eine accessorische: Mit Untergang der Forderung, z. B. der Gläubiger erlässt dem Schuldner die Schuld, erlischt auch die Verpflichtung des Bürgen. Auch die Rückbürgschaft, bei der sich der Bürge gegen den ihm durch seine Verbürgung drohenden Verlust schützt, ist die accessorische Natur der Bürgschaft gegeben. Denn der Rückbürge braucht erst zu zahlen, wenn überhaupt eine Schuld, durch die die Bürgschaft sicher gestellt werden soll, besteht. Dasselbe Unterscheidungsmerkmal der Accessorietät findet sich auch bei der Nachbürgschaft. Hier sichert sich der Gläubiger gegen Nichterfüllung der Bürgschaftsverpflichtungen durch den Hauptbürgen. Besteht aber keine Hauptschuld, so ist auch eine Afterbürgschaft wirkungslos.

Am meisten scheint noch dem Garantievertrage die Schadlosbürgschaft nahezukommen. Der Schadlosbürge

(der fideiussor indemnitatis) haftet nur für den Ausfall, den der Gläubiger beim Schuldner erlitten hat. Bei der Schadlosbürgschaft scheint nicht so sehr die Verpflichtung des Bürgen von einer Hauptforderung abzuhängen, als vielmehr von einer wirtschaftlichen Tatsache, nämlich der, dass der Schuldner nur einen Teil seiner Forderung bezahlt. Gleichwohl lässt sich von einer Schadlosbürgschaft nur dann sprechen, wenn überhaupt eine Forderung besteht, also auch hier muss Accessorität vorliegen. Auch durch die besonders geartete Haftung des Schadlosbürgen unterscheidet sich dieser vom Schuldner aus dem Garantievertrag. Die Haftung des Schadlosbürgen ist subsidiär, man kann sagen, subsidiärer als wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft: Denn in jedem Falle hat der Schadlosbürge die Einrede der Vorausklage, da eben seine Verpflichtung von der Höhe der Zahlung des Hauptschuldners abhängt. Nach dieser Richtung hin hat sich die Praxis der Gerichte öfters geäussert, so bereits in der öfters zitierten Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 61 S. 157. Hier wird der Fall, in dem jemand erklärt: „Er stehe dafür ein, dass der Wechsel eines Dritten überhaupt garnicht zum Vorschein komme, er werde schon vor dem Verfall eingelöst werden", als Garantievertrag angesprochen. Ferner äussert sich das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung auf ähnliche Weise cfr. Bayrische Rechtspflegezeitung 1906 S. 247, ferner im Recht 1906 S. 1003: Eine Ehefrau übernimmt die Verpflichtung, dass das für eine Hypothek haftende Grundstück ihres Mannes dem Gläubiger ausreichende Sicherheit biete. Hier soll ebenfalls Garantievertrag angenommen werden. — Interessant, aber nicht ganz einwandfrei, ist eine Stuttgarter Gerichtsentscheidung in Württ. J. Bd. 17, S. 293. Der Vormund garantiert dem Hypothekengläubiger seines Pfleglings, der das hypothekarisch belastete Grundstück gekauft hatte,

für die richtige Zinszahlung. Das Gericht war der Ansicht: Der Vormund habe eine selbständig neue Obligation übernommen, nämlich die richtige Zinszahlung; dass für die Zinsen bereits ein anderer Schuldner — sei es persönlich, sei es nur mit dem Grundstück — haftete, sei ein Zufall. Nicht für einen anderen wollte der betreffende einstehen, sondern, was er zur Garantie übernahm, dafür haftete zufällig den Gläubigern noch ein dritter. — Mit Rücksicht auf die Accessorietät und Subsidiarität der Forderung ist unseres Erachtens nicht Garantievertrag, sondern Schadlosbürgschaft anzunehmen. In einer Kölner Entscheidung, abgedruckt im Rhein. A. 102 I. 192, nimmt die Praxis in einem Falle, wo der Beklagte „die Haftung für die gegenwärtige und zukünftige Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernehme und für den Eingang der Forderung einstehe“ mit Recht Schadlosbürgschaft an. In einer Hamburger Gerichtsentscheidung cfr. Hans. Gz. 1906 Beiblatt 253 wird Garantievertrag angenommen, wenn sich mehrere durch Unterzeichnung zur gemeinsamen, anteilmässigen Garantie für 25000 Mk. verpflichteten, welche eine zu gründende G. m. b. H. im Bedarfsfalle zu Geschäftszwecken aufnehmen kann. In Gruchots Beiträgen 51, S. 591 gibt das Reichsgericht unseres Erachtens sehr wertvolle Unterscheidungsmerkmale für Schadlosbürgschaft und Garantievertrag: Es kommt darauf an, ob der Haftungsübernehmer die Schuld selbst an Stelle des Hauptschuldners zahlen will oder ob er für ein bestimmtes Verhalten des Hauptschuldners einstehen, insbesondere für einen aus vertragswidrigem Verhalten des Schuldners dem Gläubiger entstehenden Schaden aufkommen soll. Im ersten Fall soll Bürgschaft, im zweiten Garantievertrag vorliegen.

Als neuste Entscheidung über die Unterschiede zwischen Bürgschaft und Garantievertrag sind zu nennen R. G. im

Recht 1908 II Ziff. 3595. Ferner R. G. im Sächs. Rpfl. A. 1908, 536, hiernach liegt in der Haftung für die Bonität einer Hypothek keine Bürgschaft, sondern Garantievertrag. Interessant ist auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln im Rhein. A. 105, 37. Hiernach soll in der „Bürgschaft für die Ehrlichkeit eines Angestellten" ein Garantievertrag liegen. Auch R. G. im Recht 1909 Ziff. 3540, hiernach soll die vertragsmässige Gewährleistung für die Sicherheit einer abgetretenen Forderung eine eigene Verbindlichkeit begründen, die auch dann wirksam ist, wenn die abgetretene Forderung gar nicht existiert. Bei dieser wesentlichen Verschiedenheit beider Vertragsarten ist es rechtlich nicht möglich, dass in der Uebernahme der Gewährleistung für die Sicherheit der abgetretenen Forderung zugleich eine Bürgschaftsübernahme zu finden ist. Das R. G. in Warneyers J. 2,$_{81}$ warnt davor, die Frage, ob eine Bürgschaft oder ein Garantievertrag vorliegt, nach der im Vertrage gebrauchten Wortbezeichnung zu entscheiden. Wir stellen hiernach wiederholend fest: Die Bürgschaft unterscheidet sich von dem Garantievertrage lediglich durch die Accessorietät der Haftung. Erkenntlich aber ist die Accessorietät — cfr. R. G. in Gruchots Beiträge 51, S. 591 — daran, ob der Haftungsübernehmer an Stelle des Schuldners haften will, oder ob die Haftung sich in ihrer Tragweite nicht mit dem Umfang der gesicherten Schuld deckt. Wird nichts an der Schuld geändert, d. h. übernimmt der Haftungsgläubiger nur die Schuld in ihrem Bestande, dann liegt Bürgschaft vor, tritt aber die Haftung aus dem Kreise der Schuldverbindlichkeit heraus, dann Garantievertrag. Da ferner Bürgschaften im Rechtsverkehr häufiger vorkommen, wie Garantieverträge — dies sieht man auch an der Nichtbehandlung des Garantievertrages im B. G. B., — so kann man sich in Zweifelsfällen an den Satz halten, dass eine

Vermutung für Vorliegen der Bürgschaft, eben wegen ihres häufigeren Vorkommens spricht. Freilich wird vor einer allzuhäufigen Verwendung dieser Regel gewarnt, sie soll nur als letztes Hülfsmittel dienen, wenn andere Kriterien versagen sollten, nicht etwa die anderen Kriterien überflüssig machen.

Ist nun auf Grund der hier festgestellten Kriterien des Garantievertrages das von Meinrath auf S. 12 aufgeführte Beispiel: Ein Hypothekengläubiger übernimmt dem Bauhandwerker gegenüber die Haftung für völlige Bezahlung, damit dieser den Bau vollende, als Garantievertrag, wie Meinrath will, anzusprechen? Wenn der Hypothekengläubiger die Haftung für völlige Bezahlung übernimmt, dann geht er in der Haftungsübernahme nicht weiter als der Schuldner selbst für seine Verbindlichkeit einzustehen hat. Unseres Erachtens liegt daher Accessorietät und somit Bürgschaft vor.

Sehr verwandt mit der Bürgschaft ist der Kreditauftrag, das römische mandatum qualificatum. Finden sich zwischen diesem Rechtsinstitute und dem Garantievertrage ebenfalls Unterschiede, vielleicht derselbe Unterschied, der die Bürgschaft vom Garantievertrage trennte? Es würden dieselben Unterscheidungsmerkmale für den Kreditauftrag in Frage kommen, wenn der Kreditauftrag wirkliche Bürgschaft ist. Es ist also notwendig ein Eingehen auf das Verhältnis der Bürgschaft zum Kreditauftrage. Ueber das Verhältnis beider Rechtsinstitute — der Bürgschaft und des mandatum qualificatum — hat Littmann[1]) eingehend geschrieben. Littmann geht aus von einer Reichsgerichtsentscheidung, Bd. 50, S. 160. Dieses Urteil hat entschieden, dass die Formvorschrift des § 766 B. G. B. — Schriftform

[1]) Littmann Bd. 48, S. 350. Jehrings Jahrbücher.

der Bürgschaftserklärung — auf den Kreditauftrag nicht Anwendung finden solle. Das Reichsgericht verwirft somit die von der ersten Kommission zur Beratung des Entwurfs eines B. G. B. festgehaltenen Anschauungen, dass Kreditauftrag mit Kreditbürgschaft identisch sei, und hat sich mit der zweiten Kommission und auf Grund der Fassung des § 778 B. G. B. dafür erklärt, dass Kreditauftrag ein Gemisch sei von Mandat und Bürgschaft. Littmann[1]) weist mit aller Entschiedenheit die Möglichkeit einer derartigen Vertragsvermischung zurück, indem er sie als eine im Recht beispiellose Metamorphose bezeichnet. Zwar dürfte eine Verbindung mehrerer Verträge zu einem Vertrage in unserer heutigen Rechtswissenschaft an und für sich keine Bedenken erregen. Sind doch die Vorschriften der Schuldverhältnisse dispositiv, und muss es doch den Parteien überlassen bleiben, dem Vertrage einen Inhalt beizulegen, der sich unter eine Vertragstype nicht unterbringen lässt. Am besten lässt sich nach § 778 B. G. B.[2]) das mandatum qualificatum als modifizierter Auftrag erklären und zwar modifiziert durch die bürgschaftsähnliche Wirkung, die ihrerseits wieder bedingt ist durch Gewährung des Kredits. Gegen diese Auffassung führt Littmann mehrfache Bedenken an. Hauptsächlich das Bedenken, Mandat sei unentgeltlich, der Kreditauftrag sei aber ein entgeltlicher Vertrag, indem der Verpflichtung zur Zahlung der in Auftrag gegebenen Summe die Verpflichtung des Mandanten gegenübersteht,

---

[1]) Littmann, a. a. O., S. 342.

[2]) Ebenso Eccius in Gruchots Beiträgen, Bd. 46 S. 59 u. folgd. Ebenso Bendix im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 20, S. 163 u. folgd. Ferner Weidemann „Der Kreditauftrag", Goldschmidts Zeitung Bd. 53, S. 429 u. folgd. Anderer Ansicht Foerster „Der Kreditauftrag", Leipzig 1903. Dieser fasst den Kreditauftrag als einen vom Auftrag und der Bürgschaft fundamental verschiedenen Schadloshaltungsvertrag mit Beziehung auf den Tatbestand eines Kreditierungsgeschäfts auf.

dem Mandatar einen Ausfall hinsichtlich der Kreditgewährung zu ersetzen. Man könnte zwar sich nun damit helfen, indem man sagt: Der Mandatar macht in Höhe der Kreditgewährung Aufwendungen, und diese Aufwendungen hat der Mandant unbeschadet des unentgeltlichen Charakters des Auftrages gemäss § 669 B. G. B. dem Mandatar zu ersetzen. Aber, und darauf weist Littmann mit Recht hin, die Kreditgewährung durch den Mandatar ist nicht Aufwendung desselben, die bei Gelegenheit der Ausführung des Mandats entstanden ist, sondern die Kreditgewährung ist Ausführung des Auftrags selbst. Trotzdem dürfte aber im Gegensatz zu Littmann der Charakter der Unentgeltlichkeit auch beim Kreditauftrage gewahrt bleiben: Wenn nämlich der Mandant mit Erteilung des Kreditauftrages sich bewusst ist, dass er dem Mandatar gegenüber aus der Gewährung des Kredits die Haftung wie ein Bürge habe, so bedeutet dies lediglich eine Sicherstellung des Mandatars, die ja nur subsidiär ist, ebenso wie die Bürgschaft. Die Haftungsübernahme kann schon deshalb nicht als Entgelt angesehen werden, weil die Haftung des Mandanten nur ganz ausnahmsweise ausgelöst werden wird, nämlich wenn der Kreditempfänger nicht zahlt. Fehlt es hier doch auch an dem einem gegenseitigen Vertrage zu Grunde liegenden Motive: „Ich mache meine Leistung, weil ich Gegenleistung haben will“. So bezahle ich z. B. den Kaufpreis, weil ich die Kaufsache haben will, oder ich gebe die Kaufsache hin, weil ich den Kaufpreis haben will. Aber hier gibt der Mandatar, der Kreditempfänger, nicht den Kredit, weil er die Haftung des Mandanten haben will, sondern er gewährt Kredit aus anderen Motiven. Ihm dient die Haftungsübernahme nicht als das, was er durch seine Leistung, Kreditgewährung zu erlangen hoffte, auch will er regelmässig nicht den Mandanten in Anspruch nehmen, sondern

nur dann, wenn der Kreditempfänger nicht leistet. Es verbleibt also auch bei dem Kreditauftrag bei dem Charakter eines Auftrags, also als eines regelmässig einseitigen und nur zufällig zweiseitig verpflichtenden Vertrages. Ferner kann der Umstand, dass nach der Kreditgewährung der Mandant nicht mehr widerrufen könne, gleichfalls nicht gegen die Natur eines Auftrags sprechen. Widerrufen kann naturgemäss der Mandant doch nur, solange der Auftrag noch nicht ausgeführt ist. Ist aber der Kredit gewährt, dann ist der Auftrag als solcher erledigt und bedarf zu seiner Beendigung keiner Willenserklärung des Mandanten mehr. Nach unserer Ansicht ist also der Kreditauftrag ein wirklicher Auftrag, allerdings modifiziert durch die besondere Verpflichtung des Mandanten, für Rückzahlung des gewährten Kredits zu haften. Dass der Kreditauftrag wirklich Auftrag und nicht Bürgschaft ist, ist schon daraus zu ersehen, dass nach § 778 B. G. B. nicht alle Rechtsregeln der Bürgschaft auf das mandatum qualificatum Anwendung finden sollen, sondern nur die Vorschriften der Bürgschaft, die die Haftung regeln, anzuwenden wären, also die §§ 765, 767 bis 774, 776 B. G. B. Dass der Gesetzgeber das mandatum qualificatum in § 778 B. G. B. selbst als Auftragsverhältnis ansieht, darauf weisen auch die augenscheinlich im technischen Sinne gebrauchten Worte „Beauftragter", „Auftrag" hin. So auch die Praxis des R. G. cfr. z. B. Bd. 56 S. 130 folgd., cfr. auch Urteil vom 23. II. 1911 Braunschweig I.; I. V. 218/10. Diese letztere Entscheidung steht auf unserem Standpunkte, hält zwar die Kreditbürgschaft für unwiderruflich, wohl aber den Kreditauftrag für widerruflich. Wenn nun das mandatum qualificatum keine Bürgschaft ist, also nur die Haftung eine der Bürgschaft entsprechende ist, welches sind dann die Unterschiede zwischen Kreditauftrag und der Bürgschaft? Rothenburg[1]) findet den

[1]) Rothenburg S. 338.

Unterschied darin, dass der Kreditauftrag eine Diligenzpflicht des Gläubigers festsetze, während nach dem Bürgschaftsbegriffe der Gläubiger an sich nur Rechte, keine Verpflichtungen gegen den Bürgen habe. Und zwar besteht eine Diligenzpflicht des Beauftragten in Bezug auf die Wiedereinziehung der Forderung vom Schuldner. Bei der Bürgschaft hat der Gläubiger keine besondere Diligenz im Interesse des Bürgen zu beobachten, und der letztere kein Recht auf solche. Trotz der Verschiedenheit zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag haben wir aber festgestellt, dass Bürgschaft und Kreditauftrag das Moment der Accessorietät gemeinschaftlich haben. Das accessorische Moment unterscheidet aber die Bürgschaft vom Garantievertrage, da der Garantievertrag eine selbständige Haftung bewirkt. Demgemäss muss sich auch Garantievertrag und Kreditauftrag dadurch unterscheiden, dass die Wirkungen des Kreditauftrages accessorischer Natur sind, die Wirkungen des Garantievertrags aber unabhängige. Auch Stammler ist unserer Ansicht, indem er zwischen Garantievertrag und Garantieauftrag unterscheidet und den Garantievertrag anderen „ergänzenden" Rechtssätzen unterworfen sieht als den Garantievertrag. So hebt er als wichtigstes Unterscheidungsmerkmal hervor, dass beim Garantieauftrage, zu dem auch das mandatum qualificatum gehören würde, das rechtsgeschäftliche Motiv in erster Linie auf eine Verpflichtung des Mandatars zum Betriebe des fraglichen Unternehmens hinausläuft, während die Sicherstellung des Mandatars durch die mögliche Regressklage gegen den Auftraggeber erst als sekundäre Folge jener Pflicht sich erweist.[1]) Folge des Unterschieds zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag ist nun,

[1]) Weidemann, S. 454 folgd. findet den Unterschied zwischen Garantievertrag und Kreditauftrag in der einseitigen Natur des Garantievertrags und dem zweiseitigen Charakter des Kreditauftrags.

dass der Kreditauftrag nicht der Schriftform des § 766 B. G. B., welche für die Bürgschaftserklärung notwendig ist, bedarf.

Mit der Bürgschaft, deren Unterschiede wir eben vom Garantievertrage besprochen haben, sind verwandt die Tatbestände der Schuldübernahme, also des constitutum debiti alieni. Wie unterscheiden sich nun die Rechtsinstitute der Schuldübernahme vom Garantievertrage? Man unterscheidet privative und kumulative Schuldübernahme. Bei ersterer übernimmt der neue Schuldner lediglich die Schuld des alten, und zwar in dem Umfange, wie sie der alte Schuldner zu leisten hatte. Es tritt hier nichts hinzu, was den Gläubiger besser stellt. Bei dem Garantievertrage wird aber eine günstigere Stellung des Gläubigers bezweckt. Ferner: Die privative Schuldübernahme setzt immer eine Schuld voraus, in die der Schuldübernehmer succediert. Der Garantievertrag ist, wie wir bereits oben sahen, unabhängig von dem Bestehen einer Schuld. Durch dieses letztere Moment — Vorhandensein einer Schuldverbindlichkeit — ist auch das unterscheidende Merkmal zwischen Garantievertrag und der kumulativen Schuldübernahme, bei welcher der Schuldübernehmer neben dem alten Schuldner zu haften verspricht, gegeben. Von der kumulativen Schuldübernahme unterscheidet sich im übrigen die Bürgschaft, die übrigens selbst eine Abart der kumulativen Schuldübernahme ist, dadurch, dass bei der Bürgschaft das subsidiäre Moment überwiegt. Wienstein fasst treffend im Recht[1]) den Unterschied folgendermassen: Bei der Bürgschaft wird gewährleistet, dass ein anderer zahlt. Beim constitutum debiti alieni, das doch die kumulative Schuldübernahme mit umfasst, verspricht der neue Schuldner: Ich werde zahlen, wenn nicht, worauf allerdings nicht zu rechnen ist, der

[1]) Recht 1907, Nr. 13, Spalte 797 u. folgd.

Schuldner oder ein dritter für ihn zahlen sollte. Daraus, dass die Bürgschaft mehr subsidiär ist, folgt, dass bei der Bürgschaft immer eine gültige Hauptschuld vorliegen muss, beim constitutum debiti alieni ist dies nicht der Fall. Es genügte schon nach der gemeinrechtlichen Lehre, wenn eine naturalis obligatio vorlag. Wienstein will nun die eben besprochene Entscheidung des Reichsgerichts[1]) mit dem constitutum debiti alieni erklären. Der reichsgerichtlichen Entscheidung lag folgender Tatbestand zu Grunde: Es verspricht jemand einem andern mündlich, dafür einzustehen, um diesen zur Uebernahme eines Wechsels zu bewegen, dass der Acceptant des Wechsels, welcher minderjährig ist, den Wechsel am Verfalltage zahlen werde. Es fragt sich, bedarf diese Haftungsübernahme, um mit Rücksicht auf § 766 B. G. B. gültig zu sein, der schriftlichen Form. Oder anders ausgedrückt: Liegt in dem genannten Tatbestande ein Bürgschaftsversprechen, das eben dieser Form bedarf? Das Reichsgericht hat dies in der betreffenden Entscheidung verneint und die Gültigkeit des mündlich erteilten Zahlungsversprechens als Garantievertrag anerkannt. Gegen diese Ansicht Wiensteins, dass der vorliegende Fall unter constitutum debiti alieni zu subsumieren sei, ist nun nicht etwa einzuwenden, dass das constitutum debiti alieni beziehungsweise die kumulative Schuldübernahme im B. G. B. nicht geregelt sei. Denn dass die kumulative Schuldübernahme, obgleich sie das B. G. B. nicht kennt, noch heute gültig abgeschlossen werden kann, unterliegt mit Rücksicht auf die dem B. G. B. zu Grunde liegende allgemeine Vertragsfreiheit keinem Zweifel. Dass aber gerade im vorliegenden Falle ein constitutum debiti alieni vorliegen solle, das ist dasjenige, was Zweifel entstehen lässt. Im vorliegenden Falle steht doch fest, dass das vom Minderjährigen gegebene

[1]) Reichsgerichtsentscheidung, Bd. 61, S. 157.

Accept unwirksam ist, eine Wechselobligation des Minderjährigen also nicht besteht. Wie kann dann von Schuldübernahme gesprochen werden, wenn eine Schuld gar nicht besteht? Ausserdem müsste man doch bei anderen Fällen, wo noch nicht einmal von einer unwirksamen Schuldverbindlichkeit die Rede sein kann, auf den Garantievertrag zurückkommen.

Auch mit dem Versicherungsvertrage hat der Garantievertrag ganz besondere Aehnlichkeit. Auf den ersten Augenblick scheint es so, als ob ein einziges Unterscheidungsmerkmal das Moment der Entgeltlichkeit wäre, denn Garantievertrag ist unentgeltlich, der Versicherungsvertrag entgeltlich. Ist dies die einzige Unterscheidung? Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag vom 30. Mai 1908 teilt den Versicherungsvertrag in zwei Arten ein, in Schadensversicherungen und Personenversicherungen. Während die Schadensversicherung abhängig von einem herbeigeführten Vermögensschaden ist, wird bei der Personenversicherung eine bestimmte Leistung abhängig gemacht von dem Eintritte eines ungewissen, eine Person betreffenden Ereignisses, ohne Rücksicht darauf, ob ein Schaden eingetreten ist oder nicht. Das Gesetz behandelt dann die verschiedensten Schadens- und Personenversicherungen. Es scheint daher eine Unterscheidung zwischen Garantievertrag und Versicherungsvertrag nach der Seite hin möglich, dass die Wirkungen des Garantievertrages unabhängig sind von der Art des in Frage kommenden Ereignisses, während die Wirkungen des Versicherungsvertrags abhängig sind: Bei der Schadensversicherung vom Eintritt eines Schadens, bei der Personenversicherung von eine bestimmte Person betreffenden Ereignissen. Natürlich muss auch im Garantievertrage der Erfolg, dessen Eintritt garantiert wird, fest umschrieben sein, aber die Parteien sind hier in der Auswahl

jenes Erfolges nicht gebunden. Bei dem Versicherungsvertrage lassen sich aber für den Versicherungsnehmer keine anderen Motive für seine Leistung aus dem Versicherungsvertrage finden, als dass er bei sich oder einer ihm nahestehenden Person ein bestimmtes Ereignis durch den Vertrag gesichert wissen will. Im übrigen dürfte es schwer sein, noch andere beide Verträge unterscheidende Essentialia zu finden, ohne ins Künsteln zu verfallen. Allerdings könnten wir noch eine Anzahl von unterscheidenden Naturalia feststellen, welche im Zweifelsfalle für das Vorliegen dieses oder jenes Vertrages sprechen würden. So wird regelmässig ein Versicherungsvertrag von der Seite des Versicherers aus von einer Gesellschaft ausgehen. Ferner wird auch die Versicherung regelmässig nach einem bestimmten Versicherungsplan vorgenommnn werden. Da die Versicherungspläne auch für alle Fälle gleiche Bedingungen inbetreff der Prämienzahlungen enthalten, so dürfte im Zweifelsfalle dahin, ob Versicherungsvertrag oder Garantievertrag vorliegt, also ein entgeltlicher oder unentgeltlicher Haftungsvertrag so gut wie ausgeschlossen sein. Mit der Bestimmung des Versicherungsvertrages als eines gegenseitigen Vertrages ist die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 61, S. 157 abzulehnen, die einen unentgeltlichen Versicherungsvertrag annimmt. Man könnte höchstens dann von einem unentgeltlichen Versicherungsvertrage sprechen, wenn man denselben gleichbedeutend sein lässt mit Haftungsübernahmevertrag. Dann wäre dieser Haftungsübernahmevertrag der Oberbegriff und Versicherungsvertrag und Garantievertrag die Unterarten.

Man hat auch wohl den Garantievertrag mit Rücksicht auf seinen einseitigen, also unentgeltlichen Charakter als Schenkung auffassen wollen. Aber Schenkung und Unentgeltlichkeit sind nicht dasselbe. Wäre dies der Fall, so müssten alle einseitigen Verträge Schenkung sein. Die

Sache liegt doch vielmehr so: Jede Schenkung ist ein einseitiger Vertrag, aber nicht jeder einseitige Vertrag eine Schenkung. Zur Schenkung gehört nebst der Unentgeltlichkeit einmal, dass aus dem Vermögen des Leistenden das Vermögen des Leistungsempfängers bereichert wird, und dass diese Bereicherung mit dem animus donandi erfolgt. Freilich kann auch ein Garantievertrag in Schenkungsabsicht vom Garanten gemeint sein. Dann ist aber die Schenkungsabsicht lediglich ein Ausdruck des tatsächlichen Interesses, welches, wie wir oben gesehen haben, überhaupt das Motiv dazu ist, dass der Garant die Haftung übernimmt. Dieses tatsächliche Interesse braucht aber unter Umständen nicht nur nicht in dem Motive zu beruhen, einem anderen Gutes zu erweisen, sondern es kann vielmehr ein höchst eigennütziges Interesse sein, das den Wert der Haftungsübernahme hinsichtlich der Bedeutung, die dem Interesse von seiten des Garanten zugemessen wird, bei weitem übersteigt.

Auch hat man versucht den Garantievertrag als Spiel oder Wette aufzufassen. Sowohl dem Garantievertrage als auch dem Spiele und der Wette ist das gemeinsam, dass bei keinem von diesen Verträgen der Ausgang nach der Richtung hin, ob zu leisten ist oder wer zu leisten hat, sicher ist. Weiter aber haben diese drei Verträge nichts mehr gemeinsam. Im übrigen dürften sich diese Verträge noch in folgender Weise unterscheiden. Bei Spiel und Wette ist es fraglich, wer zu leisten hat, bei dem Garantievertrage ist von vornherein bestimmt, wer zu leisten hat, nur das ist zweifelhaft, ob er überhaupt zu leisten hat. Ferner setzen Spiel und Wette stets einen, wenn auch zuweilen nicht ernstgemeinten Streit unter den Parteien voraus. So sind die Parteien bei der Wette in Meinungsverschiedenheit und streiten sich, wer Recht hat, bei Spiel streiten sie sich darum, wer gewinnt. Beim Garantievertrage kommt

es auf eine derartige Interessenkollission garnicht an, vielmehr wird in den meisten Fällen das Interesse des Garanten und Garantieempfängers dasselbe sein. Und, wenn auch in dem einen oder anderen Falle das Interesse des Garanten und Garantieempfängers nicht dasselbe ist, so dürften die beiderseitigen Interessen sich nicht widerstreiten, sondern neben einander herlaufen. Wie ist aber nun folgender Fall zu bewerten: Jemand behauptet, ein Erfolg träte nicht ein, für den Fall aber, dass er einträte, wolle er eine bestimmte Summe zahlen. Es kommt hier auf das zu Grunde liegende Motiv an. Ist dieses Rechthaberei, so liegt Wette vor, also eine naturalis obligatio. Nicht etwa wird die Wettabsicht von dem bei jedem Garantievertrage vorhandenen tatsächlichen Interesse, welches den Garanten zur Haftungsübernahme verleitet, in der Weise konsumiert — wie oben bei der Schenkung —, dass eine civilis obligatio, eine volle Obligation, nämlich die des Garantievertrags übrig bleibt.

In ähnlicher Weise wie von Spiel und Wette unterscheidet sich der Garantievertrag vom Differenzgeschäfte. Beim Differenzgeschäfte liegt zweifellos ein auch vom Gesetze — cfr. § 764 B. G. B. — berücksichtigter aleatorischer Charakter vor. Denn die, wenn auch unsichere, so doch einseitige Verpflichtung des Garanten verleiht dem Garantievertrage noch nicht aleatorischen Charakter.

Eine auffallende Aehnlichkeit weist auch der Garantievertrag mit dem Tatbestande der Konventionalstrafe auf. Welche Unterschiede lassen sich hier ermitteln? Die Konventionalstrafe setzt stets voraus eine Schuld, deren Erfüllung durch das Versprechen einer anderen Leistung, eben der Konventionalstrafe, für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung sichergestellt werden soll. Der Garantievertrag ist unabhängig von einer Schuldverbindlich-

keit. Aehnlich mit der Konventionalstrafe ist jener Fall, bei dem jemand für den Fall eines Tuns oder Unterlassens — obgleich er hierzu keine Verpflichtung hat — eine Leistung verspricht. Hier fehlt es also an dem den Garantievertrag und die Konventionalstrafe unterscheidenden, der Konventionalstrafe eigentümlichen Momente des Bestehens einer Verbindlichkeit. Trotzdem ist der letztgenannte Fall von dem Tatbestande des Garantievertrages verschieden, während der Garantievertrag als solcher nicht bedingt ist, bedeutet jener Fall ein bedingtes Versprechen. Dass aber der Garantievertrag an sich nicht bedingt ist, sehen wir aus der Analogie mit dem Versicherungsvertrage. Hier ist der Versicherungsnehmer stets verpflichtet, die Versicherungsprämie zu zahlen, unabhängig davon, ob der Versicherer jemals in die Lage kommt, aus der Versicherung eine Leistung zu machen.

Jener Tatbestand, bei dem der Garant für den Eintritt beziehungsweise den Nichteintritt eines Erfolges eine bestimmte Geldsumme zu zahlen verspricht, hat sehr viel Aehnlichkeit mit dem Darlehn oder doch wenigstens mit dem Darlehnsvorvertrage, dem pactum de mutuo dando. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass sich ein äusserlich als Garantievertrag erscheinender Vertrag bei näherer Betrachtung als Darlehnsvorvertrag erweist, zumal wenn vorher beim Vertragsabschluss, in dem der Garant die Haftung übernahm, ausgemacht wurde, dass der Garantieempfänger die empfangene Summe in besseren Zeiten zurückzahlen solle. Die Unterscheidung zwischen Darlehnsvorvertrag und Garantievertrag ist deshalb wichtig, weil beim Darlehnsvorvertrage die clausula rebus sic stantibus gilt, während beim Garantievertrage, gerade wenn die Verhältnisse schlecht liegen, die Verpflichtung des Garanten ausgelöst werden soll. Bei jedem zur Untersuchung vorliegenden Tatbestande

ist daher zu prüfen, welchen Sinn die Parteien ihren Verabredungen haben beilegen wollen. Freilich wird es oft schwierig sein, den Tatbestand in der richtigen Weise zu interpretieren. Als Anhaltspunkt für die Auslegung könnte folgende Betrachtung dienen: Die Darlehnsrückgabe ist, wenn keine bestimmte Zeit für die Rückzahlung abgemacht ist, abhängig von der Kündigung, während die Rückgabe einer auf Garantie geleisteten Summe abhängig ist vom Vorliegen anderer Umstände, von bessereren Zeiten und dergleichen. Beim Garantievertrage liegt eine strengere Haftung vor als bei dem pactum de mutuo dando mit Rücksicht auf die oben besprochene beim Darlehnsvorvertrage gegebene clausula rebus sic stantibus. Ferner wird regelmässig beim Garantievertrage die Zahlung in Bezug auf den Zeitpunkt der Leistung unbestimmter sein wie beim Darlehnsvorvertrage, der regelmässig zu erfüllen ist innerhalb bestimmter oder doch bestimmbarer Zeit.

Kapitel VII.

Kann der in Anspruch genommene Garant von dem Garantieempfänger das ersetzt verlangen, was er hat leisten müssen?

Mit der Verneinung der analogen Anwendung der Bürgschaftsvorschriften auf den Garantievertrag musste, wie wir bereits oben sahen, die Anwendung des § 774 B. G. B., der einen derartigen Regressanspruch für die Bürgschaft regelt, abgelehnt werden. Lässt sich ein Ersatzanspruch für den Garanten noch auf andere Weise begründen?

Meinrath versucht zuerst mit Hülfe des § 426 B. G. B., der die Regressfrage unter den Gesamtschuldnern regelt, eine Begründung des Ersatzanspruches, kommt aber zu dem Resultate, dass § 426 B. G. B. auf den Garantievertrag

nicht anzuwenden sei. Ohne auf die Streitfragen, die über Arten und Wesen der Gesamtschuldnerverhältnisse existieren, näher einzugehen,[1]) können wir von vornherein erklären, dass das Verhältnis des Garanten zu dem etwaigen Drittschuldner unmöglich ist, ein Gesamtschuldverhältnis und zwar aus dem Grunde, weil das Gesamtschuldverhältnis zwar vielleicht nicht einen einheitlichen Entstehungsgrund, so doch aber einen gewissen inneren Zusammenhang zwischen den Schuldgründen beider Schuidner verlangt.[2]) Ein derartiger innerer Zusammenhang wird aber, worauf Meinrath S. 21 mit Recht hinweist, nicht schon dadurch gegeben, dass die Garantieverpflichtung in Kenntnis der Verpflichtung des Drittschuldners übernommen ist. Selbst wenn man § 426 B. G. B. zur analogen Anwendung heranziehen wollte, so könnte hiernach der Garant nie die ganze Höhe seiner Leistung vom Garantieempfänger ersetzt verlangen, sondern nur einen Kopfteil, also die Hälfte.

---

[1]) cfr. Oertmann, Anm. vor § 420 B. G. B.

[2]) Nach Oertmann sind von dem eigentlichen Gesamtschuldverhältnis vor allem drei ähnliche Rechtsverhältnisse zu unterscheiden.

a) Die Accessorietät z. B. Bürgschaft. Der Unterschied vom gewöhnlichen Gesamtschuldverhältnis liegt darin, dass nicht die Verpflichtungen mehrerer in ihrer Existenz von einander unabhängig sind, dass vielmehr Gültigkeit und Tragweite der Nebenverpflichtung derjenigen der Hauptverpflichtung folgt, nicht aber umgekehrt.

b) Die gemeinschaftliche Berechtigung bezw. Verpflichtung: Das Recht kann nur von allen bezw. gegen alle gemeinsam ausgeübt werden. Diese käme für den Garantievertrag überhaupt nicht in Frage.

c) Die unechte Solidarität. Der Name ist von Eisele, der hierzu alle die Fälle rechnet, wo die Leistungspflicht mehrerer nicht auf demselben Entstehungsgrunde, d. h. derselben causa beruht, wo nur den an und für sich unabhängigen Schuldverhältnissen der Zweck gemeinsam ist, so dass mit der Befriedigung des einen auch die anderen Ansprüche wegfallen, z. B. jemand versichert sich gegen einen bestimmten Schaden bei mehreren Versicherungen. Hier kann von Gesamtschuldverhältnissen keine Rede sein. § 426 B. G. B. ist daher auf derartige Verhältnisse nicht anzuwenden.

Meinrath, der eine Anwendung des § 426 B. G. B. auf den Garantievertrag ebenfalls ablehnt, versucht weiter einen Ersatzanspruch des Garanten auf Grund der Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag zu begründen, kommt aber schliesslich ebenfalls zu negativem Resultate. Meinrath nimmt zwar eine negotiorum gestio als vorliegend an, verneint aber den Regressanspruch mit Rücksicht auf die Ueberlegung, dass „es dem Drittschuldner gleichgültig sei, ob er dem Gläubiger den Schuldbetrag aus dem Kausalgeschäft oder ihn den Garanten aus negotiorum gestio schuldet", dass also ein „Interesse" des Garantieempfängers an der Tilgung des Kausalgeschäfts garnicht besteht. Ohne auf die vielen Streitfragen, an denen gerade das Gebiet der negotiorum gestio sehr reich ist, näher einzugehen, halten wir eine negotiorum gestio, im Gegensatz zu Meinrath, im Garantievertrage überhaupt nicht als vorliegend. Zwar schliesst der Begriff der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht aus, dass der negotiorum gestor auch im eigenen Interesse handelt. Bei dem Garantievertrage tritt aber das eigene Interesse des Garanten zu sehr in den Vordergrund, um die Haftungsübernahme als fremde Geschäftsbesorgung auszulegen. Hierbei sei daran erinnert, dass die Zahlung des Garanten selbst stets auf eigener Verpflichtung beruht, nämlich der Haftungsverpflichtung aus dem Garantievertrage; eine negotiorum gestio könnte höchstens im Abschluss des Garantievertrages liegen.[1]) Wenn in der Zahlung des Garanten eine negotiorum gestio zu sehen wäre, dann müsste dies erst recht bei der Bürgschaft der Fall sein. Denn: Der Garantievertrag bezieht sich sehr oft auf das Eintreten eines tatsächlichen Ereignisses in einer Weise, dass von einer Geschäftsführung keine Rede sein kann, wobei zugegeben wird, dass der Ausdruck Geschäft

[1]) Meinrath, a. a. O., S. 28 folgd.

nicht nur auf rechtsgeschäftliche Abschlüsse, sondern auch auf rein tatsächliche Handlungen erstreckt werden kann. Ferner handelt der Haftungsübernehmer der Bürgschaft regelmässig im Interesse des Schuldners, nicht wie beim Garantievertrage im unreigensten Interesse. Trotzdem hält es das B. G. B. für notwendig, den Ersatzanspruch des Bürgen, der Zahlung geleistet hat, gegen den Drittschuldner in Form der cessio legis des § 774 B. G. B. besonders hervorzuheben. Dies wäre aber überflüssig, wenn die Bürgschaft eine Geschäftsführung ohne Auftrag sein würde. Freilich wird zugegeben, dass bei der Bürgschaft die Fälle, in denen ein Auftrag des Drittschuldners an den Bürgen um Uebernahme der Haftung gegeben ist, wo also von einer Geschäftsführung ohne Auftrag nicht die Rede sein kann, zahlreicher sind, als wie bei dem Garantievertrage, wegen seines vorwiegend eigenen Interesses wird der Garant meistenteils aus eigenen Stücken die Initiative ergreifen. Da, wie gesagt, es dem Schuldner gleichgültig sein kann, ob er dem Gläubiger den Schuldbetrag aus dem Kausalgeschäft oder ihn dem Garanten aus negotiorum gestio schuldet, dürfte § 683 B. G. B. auch bei Annahme des Vorliegens der negotiorum gestio zu verneinen sein, weil der Anwendung dieses Paragraphen durch die notwendige Verneinung seiner Voraussetzungen: Interesse beziehungsweise wirklicher oder mutmasslicher Wille des Geschäftsherrn der Boden entzogen sein dürfte. Freilich lässt sich das Interesse am Gläubigerwechsel nur für die Regel, nicht aber für alle Fälle leugnen, z. B. es ist dem sich in misslicher Vermögenslage befindlichen Schuldner lieber, wenn er einen anderen Gläubiger bekommt, der nachsichtiger wie der erste Gläubiger sein wird.

Mit Verneinung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 683 B. G. B. — Interesse oder Willen des Geschäfts-

herrn — müssen wir auch das Recht des Garanten auf Ersatz seiner Aufwendungen ablehnen. Es bleibt immer wieder, das Vorliegen der negotiorum gestio, die wir freilich ablehnten, vorausgesetzt, für den Garanten höchstens noch die Folge des § 684 B. G. B. Ersatz der ungerechtfertigten Bereicherung, die dann eintritt, wenn Interesse oder wirklicher beziehungsweise mutmasslicher Wille des Geschäftsherrn nicht vorhanden ist. Zweifellos hätte dann der zahlende Garant einen Anspruch auf Bereicherung, wenn überhaupt negotiorum gestio vorliegen würde. Mit Verneinung des Vorliegens der negotiorum gestio müssen wir auch den Bereicherungsanspruch auch Grund des § 684 B. G. G. ablehnen.

Vielleicht ist ein solcher auf Grund des § 812 B. G. B. und folgd. gegeben. Er würde gegeben sein, wenn der Schuldner durch die Leistung des Garanten auf Kosten desselben etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hätte. Einen Vorteil hat der Schuldner dadurch, dass seine Haftung dem Gläubiger gegenüber aufhört. Diese Befreiung von der Verbindlichkeit wird aber bewirkt durch die Leistung des Garanten, also auf Kosten desselben. Ist aber die Bereicherung ohne rechtlichen Grund erfolgt? Meinrath[1]) will dies stets annehmen und zwar wegen des Fehlens irgend welcher innerlich rechtlichen Beziehung zwischen Garant und Schuldner. Unseres Erachtens scheint gerade beim Garantievertrag das tatsächliche Interesse des Garanten so ausgeprägt zu sein, dass von einer Leistung ohne rechtlichen Grund bei ihm keine Rede sein kann. Diesem tatsächlichen Interesse des Garanten kann zwar durch besondere Motivierung des Garantievertrags Ausdruck gegeben sein, z. B schenkungshalber, braucht es aber nicht. Es lässt sich eine Rechtsvermutung dahin aufstellen, dass der Garant, die Tragweite

[1]) Meinrath, a. a. O., S. 37.

seiner Handlung kennend, stets ein dem entsprechendes Interesse beziehungsweise Motiv an dem Zustandekommen des Unternehmens hat. Die erfolgende Leistung durch den Garanten ist weiter nichts, wirtschaftlich betrachtet, als ein Gegenwert, den der Garant für sein Interesse an dem Zustandekommen des Unternehmens entrichtet.

Weiter versucht Meinrath einen Ersatzanspruch mit § 255 B. G. B. für den Garanten zu begründen. Die Folgerungen Meinraths erscheinen uns allzu gekünstelt, als dass hier näher darauf eingegangen zu werden brauchte. § 255 B. G. B. spricht ausdrücklich einmal von einem Schadensersatz und zweitens von einem solchen, der zu leisten für eine Sache oder Verlust eines Rechts. Der Inhalt des Garantievertrages ist aber damit, dass für den Verlust einer Sache oder eines Rechts eingestanden wird, wie wir oben gezeigt haben, noch lange nicht erschöpft. Selbst also eine analoge Anwendung des § 255 B. G. B. als möglich zugestanden, würde sich die Anwendung des § 255 B. G. B. nur auf einige Fälle des Garantievertrags erstrecken.

Indem wir aus allen diesen Gründen eine Regresspflicht des Garanten verneinen müssen, fragt es sich, ob dieses Resultat dem billigen Rechtsempfinden entspricht. Wir haben schon oben darauf hingewiesen, dass der Garant lediglich aus ureigenstem Interesse die Garantiehaftung übernimmt. Uebernimmt nun der Garant die Haftpflicht unentgeltlich und kann der Garant wegen einer etwa erfolgten Garantiezahlung Regressansprüche nicht erheben, so ist das nur recht und billig. In dem eignen Interesse des Garanten liegt ein wirtschaftlicher Gegenwert für etwaige Leistungen des Garanten. Ja, wollte man dem Garanten einen Regressanspruch zuerkennen, so würde der Garant selbst oft um seinen mit der Garantieübernahme bezweckten

Erfolg in den Fällen kommen, wo die Entscheidung über das Zustandekommen des Unternehmens in den Willen des eventuellen Regressschuldners gestellt sein würde. In diesem Falle würde die Garantiehaftung, da der eventuell Regresspflichtige sich um nichts besser stehen würde, das Zustandekommen des Unternehmens garnicht fördern können.

Kapitel VIII.

Entspricht nun die rechtliche Behandlung, die wir dem Garantievertrage haben angedeihen lassen, den Anforderungen unseres heutigen Verkehrs? Der moderne Verkehr bringt es mit sich, dass allenthalben Unternehmungen sich gründen, welche gewillt sind, den Konkurrenzkampf mit den gleichartigen Unternehmungen aufzunehmen und bis zum Siege durchzuführen. Dieser Kampf wird oft enden mit vollständiger Zerstörung des einen Unternehmens. Naturgemäss ist aber das alte, bewährte Unternehmen, das sich bereits einen Namen gemacht hat, dem neubegründeten Unternehmen regelmässig überlegen. Die Befürchtung nun, dass das neue Unternehmen dem Konkurrenzkampf unterliegen wird, würde viele von der Begründung eigner Unternehmen abhalten. Auch bietet eine Unternehmung oft etwas Neues, nie Dagewesenes, dessen Anerkennung sich in der Allgemeinheit erst noch durchzuringen hat, z. B. die Begründung einer Luftschiffahrtsgesellschaft. Hier hat nun volkswirtschaftlich der Garantievertrag einzusetzen, und durch Gewährleistung des Eintritts des gewünschten Erfolges wird die Gründung des Unternehmens sichergestellt. Natürlich kann der Garantievertrag noch anderen Zwecken, als Gründungen zu sichern, dienen. Dies wird aber der hauptsächlichste Zweck des Garantievertrags sein, zumal das grosse volkswirtschaftliche Gebiet des Kreditwesens rechtlich

gedeckt ist durch die Rechtsinstitute der Schuldübernahme, der Bürgschaft und des Kreditauftrages.

C.

Wenn wir das Fazit unserer Betrachtungen ziehen, so müssen wir sagen: Die von Stammler aufgestellte Begriffsbestimmung des Garantievertrags ist im allgemeinen richtig. Der Garantievertrag ist also, um es nochmal hervorzuheben, ein selbständiger, unentgeltlicher Vertrag, durch den jemand lediglich auf Grund eines tatsächlichen Interesses einem anderen eine Leistung für einen bestimmten Fall verspricht. Zwar geht der Sprachgebrauch des Lebens weiter, denn dieser umfasst nicht nur den selbständigen Garantievertrag, sondern versteht unter Garantieren auch das Einstehen für bestimmte Mängel innerhalb einer gewissen Zeit seitens des Verkäufers. Wir könnten mit Rücksicht auf diesen allgemeinen Sprachgebrauch des Lebens schlechthin für alle Verträge, bei denen für einen Erfolg der Schuldner einzustehen verspricht, also garantiert, den Ausdruck Garantievertrag wählen. Oder wie andere vorgeschlagen haben, den Ausdruck „Schadloshaltung". Dann ist natürlich dieser Garantievertrag nicht identisch mit dem Garantievertrage, den wir oben behandelt haben. Wir würden hiermit vielmehr einen ganz allgemeinen Vertragstyp schaffen, der alle Verträge mit Erfolgshaftung, wie z. B. Bürgschaft, Kreditauftrag, constitutum debiti alieni usw., insbesondere aber den oben behandelten Garantievertrag, umfassen würde. Da aber der behandelte Garantievertrag von dem allgemeinen Typ des Schadloshaltungsvertrags abweicht, so müssten wir dem selbständigen Garantievertrage einen besonderen Namen geben, vielleicht Garantievertrag im engeren Sinne. Ein Streit hierüber bedeutet lediglich ein Streit um

Worte. Uns genügt, hier festzustellen, dass der Garantievertrag im weiteren Sinne, der also alle Erfolgshaftungen zusammenfasst, nicht besonderen Rechtsregeln unterworfen ist, sondern sich nach den Regeln des jeweilig besonders vorliegenden Vertragstypes richtet, während der Garantievertrag im engeren Sinne die oben in unserer Ausführung besprochenen Besonderheiten in Anspruch nimmt. Im übrigen dürfte der für den allgemeinen Vertragstyp vorgeschlagene Ausdruck Schadloshaltung nicht alle Fälle der Erfolgshaftung umfassen. So hatten wir bereits oben gezeigt, dass der Garantievertrag (im engeren Sinne!) nicht nur eine Schadenshaftung, sondern überhaupt eine Erfolgshaftung darstellt, dass also die Schadensersatzfälle die Anwendung des Garantievertrags (im engeren Sinne) nicht erschöpfen.